Der Vermächtniserwerb nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Erich Cordua

Referendar in Neustrelitz.

AGRAR LANDWIRT BIBL

Rostock,
H. Winterberg's Buchdruckerei.
1903.

Litteratur.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten: 14. Aufl. 1889. in Weiskes Rechtslexikon B. VI., S. 279 fg. 1845. Fortsetzung von Glücks Kommentar B. 46 und B. 48. 1869, 1878.

Becker: Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages B. 3, S. 76 fg. 1888.

Bernhöft: das bürgerliche Recht. In Birkmeyers Rechtsencyklopädie. 1901.

Böhm: das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1900.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten B. 3. 2. Aufl. 1886.

Brückner: Vermächtniserwerb nach gemeinem Recht und nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Rostock 1901.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches und des gemeinen Rechts. 1897.

Conze: bedarf es zum Erwerbe des Vermächtnisses der Annahme? Inaug.-Diss. Erlangen 1895.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts B. 2. 1. u. 2. Aufl. 1900.

v. Crailsheim: Zur Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse. Im Archiv für die civilistische Praxis B. 47, S. 368 fg. 1864.

Dernburg: Pandekten B. 3. 6. Aufl. 1900.

„ Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages B. 3, S. 94 fg., S. 307 f. 1888.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts B. 3. 7. Aufl. 1900.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1900.

Enneccerus Lehmann: Das bürgerliche Recht. B. 2, Lief. 3. 2. Aufl. 1901.

Fitting: Wie werden vermachte eigene Sachen des Erblassers von Seite des Vermächtnisnehmers erworben? Im Arckiv für die civilistische Praxis B. 42, S. 147 fg. 1859.

Friedensburg: Soll die Wirkung aller Legate, unter Aufhebung des legatum vindicationis, nur eine obligatorische sein? Gutachten, abgedruckt in den Verhandlungen des 19. Juristentages B. 2, S. 35 fg. 1888.

Frommhold: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Erbrecht. 1899.

Heinsius: Der Eintritt des dies cedens der Vermächtnisse, denen ein dies hinzugefügt ist. Inaug.-Diss. Erlangen 1895.

Heimbach: In Weiskes Rechtslexikon B. IV., S. 284 fg. 1843.

v. Ihering: Passive Wirkungen der Rechte. In Iherings Jahrbuchern B. 10, S. 476 fg.

Köppen: Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses. In Iherings Jahrbüchern B. 5, S. 125 fg., S. 377. 1861.

„ Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. In Iherings Jahrbüchern B. 11, S. 139 fg. 1871.

„ Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 1895.

Krückmann: Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches. 1899.

Licht: Die Ansprüche des Vermächtnisnehmers. Inaug.-Diss. Breslau 1899.

Marezoll: In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. B. 9, S. 61 fg. S. 247 fg. 1836.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1899.

Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch B. 5. 1899.

Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches B. 2. 1900.

Pieper: Die dingliche Wirkung des Vermächtnisses nach römischem und gemeinem Rechte. Inaug.-Diss. Erlangen 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Lief. 12, Erbrecht. 1. u. 2. Aufl. 1900.

Puchta: Pandekten. 10. Aufl. 1866.

Rosenberg: Die dingliche Wirkung des Vermächtnisses nach römischem Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1897.

Salkowski: Fortsetzung von Glücks-Pandekten B. 49.

Scherer: Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1900.

Schiffner: Der Vermächtnisvertrag nach österreichischem Recht. 1891.

Sohm: Institutionen des römischen Rechts. 7. Aufl. 1898.

Strohal: Das deutsche Erbrecht. 2. Aufl. 1901.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. B. 2., 7. Aufl. 1876.

v. Wächter: Pandekten B. 2. 1881.

Wendt: Lehrbuch der Pandekten. 1888.

Wilke-Reatz-Koffka-Neumann: Das bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit Kommentar in Anmerkungen B. 5. 1900.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts B. 3. 8. Aufl. 1901.

Unter voller Titelangabe sind nur citiert: Arndts: Lehrbuch der Pandekten und in Weiskes Rechtslexikon. Köppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts.

§ 1. Einleitung. Insbesondere Begriff von Vermächtniserwerb.

A) Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes.

I. pure hinterlassene Vermächtnisse.

1. Befreiung des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Erblassers.

§ 2. Nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

2. Befreiung des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Beschwerten.

a) Gemeines Recht.

§ 3. dies legati cedens.

§ 4. dies legati veniens.

b) Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 5. Folgen der neuen Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches auf die Abhängigkeit des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Beschwerten.

§ 6. Anfall des Vermächtnisses.

3. Befreiung des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Bedachten.

§ 7. Vorbemerkung.

a) Über das Erfordernis der Antretung.

α. Gemeines Recht.

§ 8. Formulierung der verschiedenen Lehren.

§ 9. Insbesondere der obligatorische Rechtserwerb. Insbesondere der dingliche Rechtserwerb.

§ 10. Widerlegung der abweichenden Lehre.

§ 11. Begründung der herrschenden Lehre.

β. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 12.

b) Ausschlagung und Annahme.

§ 13.

II. Vermächtnisse mit besonderen Bestimmungen des Erblassers.

1. Gemeines Recht.

§ 14. Einfluss der besonderen Bestimmungen auf den dies legati cedens.

§ 15. Einfluss der besonderen Bestimmungen auf den dies legati veniens.

2. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 16. Einfluss der besonderen Bestimmungen auf den Anfall des Vermächtnisses.

§ 17. Voranfall des Vermächtnisses.

B) Gegenstand des Vermächtniserwerbes.

§ 18. Vorbemerkung.

1. Gemeines Recht.

a. Vermachte Sachen.

α) Vorjustinianisches Recht.

§ 19. Formelle Voraussetzungen für die dingliche und obligatorische Wirkung des Vermächtnisses.

§ 20. Materielle Voraussetzungen für die dingliche und die obligatorische Wirkung des Vermächtnisses.

β. Gemeines Recht.

§ 21.

b) Vermachte jura in re.

§ 22.

c) Vermachte Forderungen.

§ 23.

§ 24. Sicherung der Erben und der Nachlassgläubiger gegen die Gefahren der dinglichen Wirkung des Vermächtnisses.

2. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 25.

§ 1.

Einleitung. Insbesondere der Begriff von Vermächtniserwerb.

Das Wort »Vermächtnis« wird in dreifachem Sinne gebraucht. Es kann bedeuten: die Vermächtnisverfügung, das aus ihr entstehende Recht und den vermachten Gegenstand. (BGB. 1939, 2160fg. — BGB. 2150fg. — BGB. 2164 fg. Windscheid a. a. O. § 642, Anm. 4, Motive V S. 133, Strohal a. a. O. § 29 I., Endemann a. a. O. § 65 Nr. 2, Frommhold a. a. O. § 2147 Anm. 1, Brückner a. a. O. § 1). Im konkreten Fall muss sich ergeben, in welchem Sinn das Wort Vermächtnis verwandt ist. — Die Vermächtnisverfügung wird nicht erworben; es bleibt uns also nur die Möglichkeit, unter »Vermächtniserwerb« Erwerb des aus der Vermächtnisverfügung entstehenden Rechts oder den Erwerb des vermachten Gegenstandes auf Grund der Vermächtnisverfügung zu verstehen. Wir müssen uns für das Erste entscheiden. Denn der Erwerb des vermachten Gegenstandes braucht nicht notwendig auf Grund der Vermächtnisanordnung zu erfolgen. In gewissen Fällen

wäre es allerdings möglich, dass der vermachte Gegenstand selbst direkt auf Grund der Vermächtnisverfügung von dem Erblasser auf den Bedachten übergeht, z. B., wenn der Testator eine eigene Sache vermacht hat. Aber selbst in diesen Fällen ist es denkbar, dass z. B. die vermachte Sache zunächst an den Beschwerden und erst durch seine Vermittlung, durch Tradition oder deren Surrogate, an den Bedachten gelangt. In anderen Fällen ist ein direkter Übergang des vermachten Gegenstandes sogar ausgeschlossen, z. B., wenn eine fremde Sache vermacht ist. Direkt auf Grund der Vermächtnisverfügung wird dann nicht der vermachte Gegenstand, wohl aber das obligatorische Recht auf Leistung desselben erworben.

Unter Vermächtniserwerb ist also nicht Erwerb des vermachten Gegenstandes zu verstehen, sondern Erwerb des aus der Vermächtnisverfügung entstehenden Rechts (vgl. § 1865 Satz 2 des ersten Entwurfs des BGB). In den Fällen, in denen der vermachte Gegenstand selbst unmittelbar vom Erblasser an den Bedachten gelangt, ist dies Recht seinem Inhalt nach ein Recht an dem vermachten Gegenstande, beschränkt also den Legatar nicht auf eine Berechtigung gegen den Onerierten, und sonst ein Recht auf den vermachten Gegenstand, ein Forderungsrecht lediglich gegen den Beschwerten. In diesem Sinn spricht man von einer dinglichen und einer obligatorischen Wirkung des Vermächtnisses, von dem Erwerbe eines dinglichen Rechts im weitesten Sinn des Wortes und eines obligatorischen Rechts aus dem

Vermächtnis. (Brinz a. a. O. § 426., Becker: Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages B. 3, S. 77, Protokolle S. 6954). Wir werden uns dieser Bezeichnung anschliessen.

Wir haben uns zunächst mit den Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes zu befassen. Wir gehen von der Annahme aus, dass eine gültige Vermächtnisverfügung vorliegt. Wir nehmen also an, dass der testierfähige Erblasser (l. 2. D. de legat I., BGB. 2229, 2275) eine belastungsfähige Person belastet (l. 1, 6 D. de legat. III, BGB. 2147, vgl. auch BGB. 2301) und soweit Schranken für die Vermächtnisfähigkeit bestehen, eine vermächtnisfähige Person mit dem Vermächtnis bedacht hat, (§ 24 J. de legat. 2,20) und zwar in einem gültigen Testament oder Kodizill, resp. in einem gültigen Erbvertrag. (Windscheid a. a. O. § 628, 632, BGB. 1939, 1941. Über das Oralfideikommiss des gemeinen Rechts siehe Windscheid a. a. O. § 629). Zu der gültigen Vermächtnisverfügung müssen weitere Voraussetzungen hinzutreten, um den Vermächtniserwerb herbeizuführen. Wir unterscheiden zwischen den pure hinterlassenen Vermächtnissen und den Vermächtnissen, denen der Testator besondere Bestimmungen hinzugefügt hat. Jedes Vermächtnis erfordert wenigstens drei Personen; den Erblasser, den Beschwerten und den Bedachten. Die Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes bestehen im ersten Fall in der Befreiung desselben vom Einfluss dieser Personen, soweit ein

solcher Platz greift. Im zweiten Fall müssen ausserdem die besonderen Bestimmungen erfüllt sein.

Wir werden dann des näheren auf den Gegenstand des Vermächtniserwerbes übergehen. Innerhalb der einzelnen Abschnitte werden wir regelmässig zunächst das gemeine Recht und dann das bürgerliche Gesetzbuch behandeln.

A. Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes.

I. pure hinterlassene Vermächtnisse.

1. Befreiung des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Erblassers.

§ 2. Nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

Der Erblasser ordnet das Vermächtnis an. Sein Einfluss auf den Vermächtniserwerb muss zunächst beseitigt werden. Die Vermächtnisverfügung ist eine Verfügung von Todeswegen. Ihr Wirksamwerden setzt also den Tod des Testators voraus. Solange der Erblasser am Leben ist, besteht für den Legatar eine blosse Hoffnung oder Aussicht auf den Vermächtniserwerb. Diese Hoffnung wird vereitelt durch ein Versterben des Bedachten vor dem Erblasser (Windscheid a. a. O. § 639 Nr. 4, BGB. 2160) und durch Widerruf des Vermächtnisses. Ein solcher ist regelmässig statthaft, da das Vermächtnis meist durch Testament (resp. Kodizill) angeordnet wird. (Windscheid a. a. O. § 628,

BGB. 1939). Dies unterliegt als letztwillige Verfügung dem freien Widerrufsrecht des Testators (Windscheid a. a. O. § 640, BGB. 2253). Selbst durch Vertrag kann diese freie Widerruflichkeit nicht beseitigt werden; denn ein solcher Vertrag ist nichtig. (BGB. 2302.) Aber das gemeine Recht und das bürgerliche Gesetzbuch lassen auch vertragsmässige Verfügungen von Todeswegen zu, die Erbverträge. In diesen können auch Vermächtnisse angeordnet werden. Wenn sie nur Vermächtnisse enthalten, heissen sie Vermächtnisverträge. (Windscheid a. a. O. § 632, BGB. 1941 für das römische Recht l. 15, l. 19 C. de pact. 2,3). Diese Verträge sind rein erbrechtliche Verträge; auch sie begründen eine blosse Hoffnung; aber sie führen eine Bindung des Erblassers herbei, so dass ein Widerruf an die Mitwirkung des Vertragskontrahenten gebunden wird. (Schiffner a. a. O. § 9, § 19, Strohal a. a. O. § 45 II. BGB. 2291). Wenn der Legatar selbst Vertragskontrahent ist, ist daher ein Widerruf des Erblassers ohne seinen Willen ausgeschlossen. Wenn aber der Testator mit einem Dritten kontrahiert hat, so liegt die Sicherung des Legatars gegen einen Widerruf allein in dem Willen dieses Dritten.

Der Tod des Erblassers löst seinen Einfluss auf den Vermächtniserwerb, sofern das Vermächtnis nicht widerrufen und der Legatar noch am Leben ist.

2. Befreiung des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Beschwerten.

a) Gemeines Recht.

§ 3. dies legati cedens.

Die Vermächtnisse werden rechtlich nicht als blosse Gaben aus der Erbschaft behandelt, sondern zugleich als Belastungen bestimmter Personen. Belastet ist regelmässig der Erbe. Er muss daher, wenn aus der Vermächtnisverfügung ein obligatorisches Recht für den Legatar auf Leistung des vermachten Gegenstandes entsteht, die Verpflichtung zur Leistung übernehmen, und dann, wenn die Vermächtnisanordnung dem Bedachten eine dingliche Berechtigung gewährt, muss er diejenigen Schritte thun, die die Belastung in Kraft treten lassen. »Ohne Universalsuccession, etwa noch hereditate jacente, wird kein Vermächtnis wirksam.« (Brinz a. a. O. § 412 Anm. 1.) »Wo kein Onerierter, da auch kein Honorierter.« (Wendt a. a. O. § 390 Nr. 2) l. 17. D. si quis omissa causa test. 29,4, l 44, 1 D. de legat. I (ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est) l. 86, 2 D. eod. (ex die aditae hereditatis). In allen Fällen setzt also der Vermächtniserwerb den Erbschaftserwerb voraus. Dieser ist vom Willen des Beschwerten abhängig. Damit wird die Möglichkeit nahe gerückt, dass auch der Vermächtniserwerb unser seinen Einfluss gerät. Wir wollen untersuchen, in wie weit diese Möglickkeit zur Wirklichkeit wird, da dann die Beseitigung dieses Einflusses zu den Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes gehören muss.

Der Erbschaftserwerb vollzieht sich im gemeinen Recht regelmässig erst mit der Antretung. Der Vermächtniserwerb setzt den Erbschaftserwerb voraus. Daraus ergiebt sich, dass der Legatar diesen Zeitpunkt erleben muss. »Diese Konsequenz scheint bedenklich.« (Dernburg a. a. O. § 107). Wenn man nämlich warten will, bis der Beschwerte durch Antretung seinen Willen erklärt, so räumt man ihm damit eine ausgezeichnete Rechtsstellung zu Lasten des Legatars ein, da er, dem regelmässig der Wegfall des Bedachten zu Gute kommt, dadurch in die Lage gebracht werden kann, das Entstehen des Rechts für diesen von seinem Willen abhängig zu machen, indem er etwa die Erbantretung hinzögert, bis der kränkliche Legatar gestorben ist. Dieser Einfluss des Beschwerten auf den Vermächtniserwerb muss also beseitigt werden. Zu dem Zweck dient der dies legati cedens. Er soll das Vermächtnis schützen gegen schädliche Einflüsse von aussen her, »extrinsecus«, (l. 6, 1 D. quando dies leg. vel fdc. cedat 36,2) also gegen Verzögerung des Erbschaftsantritts durch den Erben. Dieser Zweck wird dadurch erreicht, dass die Hoffnung des Legatars auf den Vermächtniserwerb in eine vererbliche Erwerbsberechtigung verwandelt wird, so dass sein Tod dem Bestand des vermachten Rechts nicht mehr schaden kann, dieses vielmehr mit seinem Tode auf seine Erben übergeht (l. 5 pr. D. eod. si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum trans fert legatum). Andererseits aber muss der Legatar den dies legati ce-

dens erleben, vor dem Erblasser darf er nicht sterben (vgl. § 2). Mit dem dies legati cedens ist der Bedachte gesichert, (l 7, 1 D. eod.) d. h. also gegen Verzögerung des Erbschaftsantrittes. Entsprechend dem Zweck des dies legati cedens ist damit seine Bedeutung erschöpft, wenigstens für das gemeine Recht. Für das römische Recht folgte als Konsequenz aus dem Erwerbe dieser vererblichen Erwerbsberechtigung, dass der Legatar in diesem Augenblick vermächtnisfähig sein muss (noch oder wieder, vergl. Arndts a. a. O. B. 46 S. 376 f, l. 59 (58), 4 D de hered instit. 28,5). Dies ist antiquiert, da Beschränkungen für die Vermächtnisfähigkeit nicht mehr bestehen. Vermächtnisse an personae alieni juris, sowie Vermächtnisse an personae sui juris, die alieni juris geworden waren, mussten demjenigen anfallen, in dessen Gewalt sie zur Zeit des dies legati cedens standen (l. 5, 7, l. 14, 3 D. eod.). Mit dem Schwinden dieser Rechtsinstitute musste dies fallen. Frühere Schriftsteller behaupteten, dass mit dem dies legati cedens das vermachte Recht selbst erworben werde, z. B. Hellfeld. (Juris prud. forens. sec. Pandect. ord. prop. § 1525, citiert bei Glück B. 48, S. 199) »acquiritur autem legatum statim a momento mortis test atoris«. Dies ist unrichtig; denn der Vermächtniserwerb kann sich nicht vor dem Erbschaftserwerb vollziehen.

Der dies legati cedens soll also das Interesse des Legatars gegen eine Spekulation des Erben auf seinen Tod wahren. Dementsprechend muss er vor dem Erbschaftsantritt eintreten und zwar mit dem Erbfall (l. 5,

1 D. eod.: itaque si purum legatum sit, ex die mortis dies eius cedit. — l. un, 1 C. de cad. toll 6,51: sancimus legatorum pure relictorum diem a morte testatoris cedere). Von einer Vorschiebung des dies legati cedens vor den Erbschaftserwerb ist abzusehen, wenn eine solche nutzlos wäre, wenn also das vermachte Recht seiner Natur nach gerade die Person des Legatars voraussetzt (höchst persönliche Rechte z. B. usus fructus l. 2, l. 3, l. 9 D. eod.: cum personae cohaereat, recte dicitur, ante aditam hereditatem diem non cedere.) Der dies legati cedens tritt zu Gunsten des Legatars schon mit dem Erbfall ein; man muss die Vorschiebung also auch dann fallen lassen, wenn sie zu Ungunsten des Legatars wirken würde. Aus diesem Grunde lässt das römische Recht den dies legati cedens von Legaten an testamentarisch freigelassene oder vermachte Sklaven (frühestens) mit dem Erbschaftsantritt eintreten (l 7, 6 D. eod.).

Die Transmittierbarkeit des Vermächtnisses vom dies legati cedens an entspricht dem mutmasslichen Willen des Erblassers. Aber denkbar wäre es, dass das Legat nur gerade dieser Person zugewandt sein soll, nicht aber den Erben derselben. Diesen Willen des Testators muss das Recht schützen. Von einem mit dem dies legati cedens eintretenden Erwerb einer vererblichen Erwerbsberechtigung muss also Abstand genommen werden, wenn sich ein entgegenstehender Wille des Erblassers ergiebt. Es fragt sich, ob in einer Substitution stets ein solcher zu suchen ist? Es wäre

möglich. Aber es ist auch denkbar, dass der Substitut nur für den Fall eingesetzt sein soll, dass weder der Legatar noch seine Erben das Vermächtnis erwerben. Dies ist sogar das Wahrscheinliche. Prinzipiell wird also durch dies legati cedens des Erstbedachten der Substitut ausgeschlossen sein. Aber zurückzuweisen ist Zimmerns Behauptung; (Archiv für civilistische Praxis B. 9 Nr. 18), dass die Erben des Legatars stets und auf alle Fälle den Substituten ausschliessen; denn die Quellen sagen das Gegenteil. l 3, 1 D de adim. vel transfer. legat. 34,4: si quis Titio legaverit sic: »Titio dato ant, si Titius ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato,« secundum meram subtilitatem utrique obligatum videri heredem, id est et Sempronio et heredi Titii. Sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes eius legati exactio transmittitur Sempronio repellando: sin autem nulla mora intercesserit, tum Sempronius legatum accipit, et non Titii heredes, sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum. Sempronius ist dem Titius für den Fall substituiert, dass dieser vor Empfang des Vermachten gestorben ist (accipere ist in diesem Sinn zu verstehen. Arndts a. a. O. B. 48 S. 234). Stirbt Titius ante diem cedentem, so fällt das Vermächtnis an Sempronius. Stirbt er post diem cedentem, so könnte man sagen: der Erbe hat sowohl an die Erben des Titius das Vermächtnis zu leisten, als auch an den Sempronius. Denn einmal ist die vererbliche Erwerbsberechtigung die cedente entstanden, und sodann ist die Bedingung: si Titius ante

decesserit, quam accipiat, wörtlich erfüllt. Eine solche Auslegung entspricht sicher nicht dem Willen des Erblassers. Vielmehr wird mit Rücksicht auf seinen mutmasslichen Willen entschieden: Wenn Titius vor Empfang gestorben ist, weil der Erbe den Erbschaftsantritt hinzögerte, so gebührt das Vermächtnis seinen Erben, sonst dem Sempronius. Dann schliesst also der Substitut die Erben aus, weil dies dem mutmasslichen Willen des Erblassers entspricht.

§ 4. **dies legati veniens.**

Den Einfluss, den der Beschwerte durch Spekulation auf den Tod des Legatars auf den Vermächtniserwerb erlangen kann, beseitigt der dies legati cedens dadurch, dass er eine vererbliche Anwartschaft auf das vermachte Recht für den Bedachten entstehen lässt. Trotzdem ist der Legatar nicht gegen die Gefahr geschützt, dass ihm der Beschwerte das Vermächtnis entzieht. Gesichert ist er nur gegen eine Verzögerung des Erbschaftsantrittes, nicht aber gegen einen Nichterwerb der Erbschaft durch den Erben, da das gemeine Recht wenigstens grundsätzlich den Vermächtniserwerb vom Erbschaftserwerb durch den berufenen Erben abhängig macht. Dies gilt namentlich dann, wenn der durch Testament berufene Erbe fortfällt und Intestaterbfolge eintritt.

(l. 81 D. de legat. II., l. 1, 1 D. de legat. III: nihil in testamento valet, quotiens ipsum testamentum non valet,

l. 2, 2 C. si quis om. causa test. 6, 39: sin vero jure facto testamento cessante herede scripto alter ab intestato adiit hereditatem, neque libertates neque legata ex testamento posse praestari manifestum est.)

Schlägt also in solchen Fällen der Erbe die Erbschaft aus, so kann der Legatar das Vermächtnis nicht erwerben.

(l. 17 D. si quis om. causa test. 29, 4: nam liberum cuique esse debet etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt).

Nur ausnahmsweise bleiben die Vermächtnisse in Kraft, trotzdem durch die Ausschlagung des Beschwerten das ganze Tastament hinfällig wird und Intestaterbfolge eintritt: wenn diese Ausschlagung dolo malo erfolgt, insbesondere um als Intestaterbe die Erbschaft frei von Vermächtnissen zu erwerben, (l. 1 pr. D. eod., l. 3 C. eod.) auf Grund einer Bezahlung, (l. 1 C. eod.) oder wenn infolge derselben die Erbschaft an den Fiskus fällt, (l. 96,1 D. de legat. I). (Im einzelnen vgl. Vangerow a. a. O. § 539, § 564 III). Wenn hingegen trotz der Ausschlagung das Testament bestehen bleibt, bleiben auch die Vermächtnisse in Wirksamkeit. Die durch Accrescenz und Substitution erworbenen Erbteile werden also nicht von Vermächtnissen frei (l. 49,4 D. de legat. II., l 74 D. legat. I. l. 61,1 D. de legat. II., l. 4 C. ad Sct. Trebell. 6,49). Wenn sich aber der Wille des Testators ergiebt, dass das Vermächtnis nicht dem Erbteil, sondern nur gerade diesem Beschwerten auferlegt sein soll, so erlöschen durch Wegfall

desselben die ausgesprochenen Vermächtnisse. Das Gleiche gilt natürlich, wenn nur der Belastete in der Lage ist, das Vermächtnis zu leisten. (l. 74 D. de legat. I: tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas. l. un. § 9 C. de cad. toll. 6,51).

Wenn ein onerierter Intestaterbe die Erbschaft ausschlägt, so bleibt das Vermächtnis bei Bestand, wenn sein Erbteil einem anderen adcresciert.

(l. 61,1 D. de legat. II: si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem . . . . . sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.)

Wenn aber infolge der Ausschlagung eine successio ordinum oder graduum eintritt, so erlöschen die ausgesetzten Vermächtnisse.

(l. 1,9 D. de legat. III: illud certe indubitate dicitur, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, eum fideicommissum non debere.)

Die Vermächtnisse bleiben dann nur bei Bestand, wenn der Testator erkennbar die Intestaterben überhaupt hatte belasten wollen (l. 77,26 D. de legat. II) (vgl. Köppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts § 125 III 2. Arndts in Weiskes Rechtslexikon B. 6. S. 287).

In allen den Fällen, in denen das Vermächtnis trotz des Wegfalles des zunächst Beschwerten in Kraft

bleibt, ist es von demjenigen zu entrichten, dem der Wegfall des Belasteten zu Gute kommt (Windscheid a. a. O. § 639 Nr. 5).

Auf den Erwerb eines Vermächtnisses, das nur gerade dem Onerierten auferlegt ist, steht diesem also ein entscheidender Einfluss zu. Denn wenn er ausschlägt, ist das Vermächtnis ungültig. Und nur dann, wenn das Vermächtnis an keinen bestimmten Beschwerten gebunden ist, was aber prinzipiell nicht der Fall ist, wird der Legatar durch den dies legati cedens in soweit gesichert, dass ihm das Vermächtnis nicht mehr durch den Einfluss des Beschwerten entzogen werden kann. Es kann ihm dann nicht mehr entgehen. Aber selbst in diesen Fällen steht dem Beschwerten doch noch ein Einfluss auf den Vermächtniserwerb zu. Der Legatar hat vor der Hand nur eine vererbliche Anwartschaft erworben, nicht aber das vermachte Recht selbst. Der Vermächtniserwerb ist vielmehr abhängig vom Erbschaftserwerb und kann daher nicht vor demselben eintreten.

(l 7,5 D. de dolo malo 4,3: si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam prius quam factus sit legatarii, interemptus est, cessat legis Aquiliae actio.)

Der Erbschaftserwerb erfolgt regelmässig erst durch die Antretung; der Zeitpunkt derselben hängt vom Willen des Erben ab, dieser hat es also in der Hand die Entstehung des vermachten Rechts hinauszuschieben. Erst der Erbschaftsantritt löst das Vermächtnis vom

Einfluss des Beschwerten, nun erst kann der Vermächtniserwerb eintreten. (aber nur vorläufig; denn dem Bedachten kann das Vermächtnis nicht aufgezwungen werden. vgl. § 7 fg.)

(l. 69 pr. D. de legat. I: adita hereditate statim servus adquiritur legatario. l. 38 D. de legat. II: quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisivit, hereditati adquirit. Gajus Inst. II. 194., l. 44,1 D. de legat. I., l. 86,2 D. eod.)

In der Litteratur wird der Augenblick, in dem das vermachte Recht zur Entstehung gelangt, also hier der Erbschaftsantritt, als dies legati veniens bezeichnet. Die Quellen scheinen den Ausdruck in dieser allgemeinen Bedeutung nicht zu gebrauchen. (Windscheid a. a. O. § 642 Anm. 4 a. E., Brinz a. a. O. 427 Anm. 5 a. E.)

Mit dem dies legati veniens tritt zugleich die Fälligkeit ein (l. 213 pr. D. de V. S. 50,16) · Gerade diese Bedeutung heben die Quellen zunächst hervor. (Windscheid a. a. O. § 642 Anm. 5) z. B. l. 7 pr. D. qu. d. leg. vel fdc. cedat 36,2 (heredis aditio moram legati quidem petitioni facit.) Das ist begreiflich, weil darin die augenfälligste Bedeutung dieses Zeitpunktes liegt. Aber es ist daran festzuhalten, dass auch das vermachte Recht erst in diesem Moment zur Entstehung gelangt, und dass das nur deshalb möglich ist, weil jetzt der Beschwerte die Erbschaft erworben hat und damit sein Einfluss auf den Vermächtniserwerb beseitigt ist.

Der dies legati cedens geht regelmässig dem dies legati veniens voraus, da erst der Testator sterben muss, dann

erst kann die Erbschaft angetreten werden. Beide Termine fallen zusammen, wenn eine Erbschaftsantretung unnötig ist, also wenn der Erbe ein suus heres ist.

(l. 68,1 D. de legat. I: tunc enim . . . . in unum concurrit, ut et heres existat et dies legati cedat.)

Das Gleiche gilt wenn von einer Vorschiebung des dies legati cedens Abstand genommen wird, bei höchstpersönlichen, also unvererblichen Rechten (l. 2, l. 3, l. 5,1, l. 9 D. qu. d. leg vel. fdc. cedat 36,2), und bei Vermächtnissen an freigelassene und vermachte Sklaven. (l. 7,6 D. eod.)

Zweifel in Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung des vermachten Rechts können sich noch ergeben, wenn mehrere Erben vorhanden sind, die zu verschiedenen Zeiten antreten. Wenn nur einer der Erben beschwert ist, entsteht das vermachte Recht natürlich nicht, bevor er antritt, dann aber auch in seinem ganzen Umfang. Sonst wird jedenfalls das obligatorische Recht anteilweise erworben, immer mit dem Antritt des Einzelnen. Daraus, dass das dingliche Recht einen bestimmten Verpflichteten nicht erfordert, darf nicht geschlossen werden, dass es sofort in seinem ganzen Umfang entsteht, wenn auch nur einer der Erben die Erbschaft erworben hat. Das ergiebt sich daraus, dass in l. 7 D. de serv. leg. 33,3 als Besonderheit betont wird, dass Servituten — als unteilbare Rechte — sofort in ihrem ganzen Umfang erworben werden. Zu dem ist es auch wahrscheinlicher, »dass die Entstehung

des dinglichen und des obligatorischen Rechts gleichen Schritt halten,« da, sofern ein Vermächtnis ein dingliches Recht gewährt, es auch stets eine Obligation giebt, wenigstens nach gemeinem Recht. (v. Crailsheim a. a. O. S. 399f.)

Wir haben also festgestellt, dass infolge der Abhängigkeit des Vermächtniserwerbes vom Erbschaftserwerb im gemeinen Recht der Vermächtniserwerb zu gleich in Abhängigkeit vom Einfluss des Beschwerten geraten muss, und zwar als Folge zweier Grundsätze. Da wenigstens prinzipiell das gemeine Recht den Vermächtniserwerb an den Erbschaftserwerb durch den berufenen Erben bindet, erlangt dieser die Möglichkeit, durch Ausschlagung der Erbschaft den Vermächtniserwerb zu verhindern. Und aus der zeitlichen Aufeinanderfolge des Todes des Testators und des Erbschaftserwerbes, der ja regelmässig erst durch Antretung erfolgt, muss sich ergeben, dass der Beschwerte durch Hinzögerung des Erbschaftsantrittes einmal »das Vermächtnis zu Fall bringen kann« (Dernburg a. a. O. § 107), indem er mit der Antretung wartet, bis der Legatar gestorben ist, und sodann, dass er jedenfalls die Entstehung des vermachten Rechts und damit seine Geltendmachung hinausschieben kann. Die Beseitigung dieses Einflusses gehört zu den Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes. Dies geschieht durch den dies legati cedens und den dies legati veniens. Jetzt kann der Beschwerte in keiner Weise mehr auf den Vermächtniserwerb einwirken.

b. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 5. Folgen der neuen Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches auf die Abhängigkeit des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Beschwerten.

Die Grundsätze von denen das bürgerliche Gesetzbuch ausgeht, sind durchaus verschiedene von denen des gemeinen Rechts. Entsprechend dem deutschrechtlichen Grundsatz: der Tote erbt den Lebendigen, sieht es von dem Erfordernis einer positiven Antretungshandlung, um den Erbschaftserwerb herbeizuführen, ab und lässt denselben vielmehr mit dem Erbfall, d. h. mit dem Tode des Testators ipso jure eintreten. (BGB. 1922 I). Der Tod des Erblassers und der Erbschaftserwerb fallen also nicht, wie wenigstens regelmässig im gemeinen Recht auseinander, sondern sie treten zusammen ein, und daraus ergiebt sich, dass für die aus der zeitlichen Aufeinanderfolge dieser Termine im gemeinen Recht sich ergebende Abhängigkeit des Vermächtniserwerbes vom Zeitpunkt des Erbschaftserwerbes und damit vom Willen des Beschwerten, im bürgerlichen Gesetzbuch kein Raum ist. Der Beschwerte hat es also nicht mehr in der Hand, die Entstehung des vermachten Rechtes und damit seine Geltendmachung durch Hinzögerung des Erbschaftsantrittes hinauszuschieben, und es bedarf keines besonderen Eingreifens der Rechtsordnung mehr, um wenigstens eine vererbliche Anwartschaft auf das vermachte Recht vorher für den Lagatar zu sichern. — Auch das Erfordernis des Erbschaftserwerbes durch den eingesetzten Erben

kennt das bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr. Vielmehr soll das Vermächtnis den Erbteil und nicht den Beschwerten belasten, wenn dieser also fortfällt, hat das Vermächtnis derjenige zu leisten, dem sein Wegfall unmittelbar zu Statten kommt. (BGB. 2161) insbesondere der Intestaterbe, wenn die testamentarische Erbfolge nicht eintritt. Es wird aber dem Testator die Möglichkeit vorbehalten, ein anderes zu bestimmen. (BGB. 2161) Wenn sich dann ein solcher Wille desselben ergiebt, ist das Vermächtnis an die Person des Belasteten gebunden. In diesem Umfang gesteht also auch noch das bürgerliche Gesetzbuch dem Beschwerten einen Einfluss auf den Vermächtniserwerb zu. Denn wenn dieser auch schon mit dem Erbfall Erbe wird, (BGB. 1922 I) hängt es doch allein von seinem Willen ab, ob dieser vorläufige Erbschaftserwerb zu einem endgültigen werden soll (BGB. 1942 I). Aber abgesehen von diesem einen Fall ist der Vermächtniserwerb im bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr dem Einfluss des Beschwerten unterworfen. Die Voraussetzungen für eine Regelung des Vermächtniserwerbes im bürgerlichen Gesetzbuch auf Grundlage der gemeinrechtlichen Trennung in dies legati cedens und dies legati veniens sind also nicht gegeben; dementsprechend muss sich diese Lehre im bürgerlichen Gesetzbuch durchaus anders gestalten als im gemeinen Recht. — Aber daran ist festzuhalten, dass jedenfalls der Vermächtniserwerb abhängig bleibt vom Erbschaftserwerb und es bleiben muss, da die Vermächtnisse rechtlich als Belastungen bestimmter Per-

sonen konstruiert werden, und gerade das Forderungsrecht, auf das das bürgerliche Gesetzbuch den Bedachten beschränkt (BGB. 2174), einen Verpflichteten notwendig voraussetzt. Dieser Verpflichtete ist aber der Erbe, wenigstens regelmässig, und er übernimmt die Verpflichtung durch den Erbschaftserwerb. Darum ist es falsch, wenn Frommhold (a. a. O. § 2176 Anm. 1.) bemerkt, dass »das Bürgerliche Gesetzbuch den Vermächtniserwerb regelmässig unabhängig vom Erbschaftserwerb gestaltet,« und wenn Brückner (a. a. O. S. 37) behauptet, dass die Lehre vom dies legati cedens und dies legati veniens völlig verändert erscheint, »da das Erfordernis des Erbschaftserwerbes entbehrlich geworden ist.« (vg. auch Brückner a. a. O. S. 39: »nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist Erwerb der Erbschaft nicht notwendig.«) — Wahrscheinlich werden sich Frommhold und Brückner ein Forderungsrecht ohne einen Verpflichteten ebenso wenig vorstellen können, wie ich. Ihre Behauptung lässt sich nur daraus erklären, dass sich mit dem Tode des Testators der Erbe ipso jure die Erbschaft erwirbt, (BGB. 1922 I) und wenn er von dem Recht der Ausschlagung Gebrauch macht, (BGB. 1942 I) der Anfall an ihn als nicht erfolgt gilt, und die Erbschaft dem anfällt, dem sie angefallen sein würde, wenn der zunächst Berufene nicht zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, und zwar so, dass dieser Anfall als mit dem Erbfall erfolgt gilt (BGB. 1953 I. II.). Dasselbe kann sich verschiedene Male wiederholen und schliesslich wird der Fiskus notwendiger Erbe. (BGB. 1942 II.) In jedem Fall ist

also schon mit dem Tode des Testators ein Erbe vorhanden, der Erbfall und der Erbschaftserwerb fallen also immer zusammen, und es ist nur noch subjektiv ungewiss, wer der Erbe ist. Diese subjektive Ungewissheit berührt aber nach BGB. 2161 die Vermächtnisse regelmässig nicht, und selbst, wenn sie ausnahmsweise in Betracht kommt, (BGB. 2161) wird doch der Belastete, wenn auch nur vorläufig Erbe (BGB. 1922 I., 1942 I.) und damit wenigstens vor der Hand Verpflichteter. Also der Erbe, der stets bei dem Erbfall vorhanden ist, ist auch in den weitaus meisten Fällen der mit den Vermächtnis Belastete, und in den übrigen Fällen ist eine Person dazwischen geschoben, die wenigstens vor der Hand als Erbe und Verpflichteter anzusehen ist. Damit ist die Möglichkeit gegeben, dass sich auch der Vermächtniserwerb zugleich mit dem Erbfall vollziehen kann. Aber es ist zu beachten, dass diese Möglichkeit eben nur gegeben ist, weil sich zugleich der Erbschaftserwerb resp. ein wenigstens vorläufiger Erbschaftserwerb vollzieht, der den Verpflichteten resp. einen wenigstens vorläufig Verpflichteten liefert. Nicht aber ist umgekehrt daraus, dass BGB. 2176 den Vermächtniserwerb mit dem Erbfall eintreten lässt, zu folgern, dass nun der Vermächtniserwerb unabhängig geworden ist vom Erbschaftserwerb.

§ 6. Anfall des Vermächtnisses.

Wir haben festgestellt, dass auch im bürgerlichen Gesetzbuch der Vermächtniserwerb abhängig ist vom

Erbschaftserwerb, dass sich aber infolge der veränderten Grundsätze daraus nicht die Folgen ergeben, wie im gemeinen Recht, dass nur noch ausnahmsweise der Vermächtniserwerb dem Einfluss des Beschwerten unterworfen ist. Nur innerhalb dieser Grenzen ist daher die Beseitigung seines Einflusses Voraussetzung für den Vermächtniserwerb. Im übrigen steht der Beschwerte der Möglichkeit nicht im Wege, das vermachte Recht sofort entstehen zu lassen. Dem entsprechend bestimmt BGB. 2176, dass der Anfall des Vermächtnisses schon mit dem Erbfall eintreten soll. Das bürgerliche Gesetzbuch versteht unter Anfall des Vermächtnisses: die Entstehung der Forderung des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten unbeschadet des Rechts, das Vermächtnis auszuschlagen. Es muss befremdlich erscheinen, dass das bürgerliche Gesetzbuch die Entstehung der Forderung als Anfall und nicht als Erwerb bezeichnet, und wir werden vor die Frage gestellt, ob der Anfall in Gegensatz zum Erwerb des Vermächtnisses treten soll? Wenn die Forderung für den Legatar entstanden ist, ergiebt sich als einfache Folgerung, dass er sie erworben hat. Das bürgerliche Gesetzbuch schränkt aber die Entstehung der Forderung ein, indem es fortfährt, »unbeschadet des Rechts das Vermächtnis auszuschlagen.« Die Forderung ist also entstanden, aber noch nicht definitiv, dazu fehlt noch ein Erfordernis, als argumentum e contrario: Verlust des Ausschlagungsrechts (vg. § 13); also ist die Forderung nur vorläufig entstanden, folglich hat der Legatar

sie auch nur vorläufig erworben. Das bürgerliche Gesetzbuch will den Anfall nicht in Gegensatz zum Erwerb, sondern in Gegensatz zum endgültigen Erwerb des Vermächtnisses setzen und unter Anfall des Vermächtnisses ist dem entsprechend der vorläufige Erwerb desselben zu verstehen (vg. Motive V. S. 77). Wir haben also scharf zu scheiden zwischen vorläufigem und definitivem Vermächtniserwerb. Um den letzteren herbeizuführen fehlt noch ein Erfordernis; aber andererseits ist die Forderung schon selbst erworben und nicht etwa nur ein Recht auf dieselbe. Daraus ergiebt sich, dass jedenfalls von nun an der Legatar in der Lage ist, über die Forderung zu verfügen, und dass von nun an dieselbe vererblich ist. Wenn also der Bedachte jetzt stirbt, schadet das dem Bestand des Vermächtnisses nichts mehr, dieses geht vielmehr auf seine Erben über, und diese schliessen jedenfalls den Substituten aus; denn diesem ist das Vermächtnis für den Fall zugewendet, dass der zunächst Bedachte dasselbe nicht erwirbt. (BGB. 2190).

Der Anfall des Vermächtnisses vollzieht sich mit dem Erbfall (BGB. 2176). Wir haben schon gesehen (§ 5), dass trotz der Abhängigkeit des Vermächtniserwerbes vom Erbschaftserwerb das bürgerliche Gesetzbuch in der Lage ist, diese Bestimmung zu treffen und zwar selbst für den Fall, dass der Testator die Rechtsbeständigkeit des Vermächtnisses an die Person des Belasteten gebunden hat, und dementsprechend der Vermächtniserwerb in Abhängigkeit von seinem

Einfluss geraten muss. Denn wenn auch der endgültige Erbschaftserwerb und damit die endgültige Übernahme der Verpflichtung und die endgültige Entstehung der Forderung des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten dann durchaus von dessen Einfluss abhängig sind, so wird dieser doch auch gegen seinen Willen vorläufig Erbe und damit vorläufig Verpflichteter und kann die vorläufige Entstehung der Forderung nicht hindern. Wenn dann der Erbe die Erbschaft ausschlägt, geht auch dem Legatar sein Recht rückwärts verloren; denn dann stellt sich heraus, dass der Belastete nie Erbe (BGB. 1955 I.), also auch nie Verpflichteter gewesen, und dass dem entsprechend auch nie ein Forderungsrecht gegen ihn für den Legatar entstanden war. Wird aber der vorläufige Erbschaftserwerb zu einem endgültigen, so kann der in der Zwischenzeit erfolgte Tod des Bedachten den Bestand des Vermächtnisses nicht tangieren, dieses geht vielmehr auf seine Erben über.

Im bürgerlichen Gesetzbuch greift also nur ausnahmsweise ein Einfluss des Beschwerten auf den Vermächtniserwerb Platz, der beseitigt werden muss. Den vorläufigen Vermächtniserwerb berührt dieser Einflus nie; dieser tritt dem entsprechend stets mit dem Erbfall ein (BGB 2176). Wohl aber ist dann der definitive Vermächtniserwerb dem Einfluss des Beschwerten unterworfen. Beseitigt wird dieser Einfluss durch den endgültigen Erbschaftserwerb, vor dem dann die For-

derung des Vermächtnisnehmers gegen den Belasteten nicht definitiv erworben werden kann.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht lässt das bürgerliche Gesetzbuch nicht mit dem Anfall auch die Fälligkeit eintreten. Das bürgerliche Gesetzbuch enthält keine besonderen Vorschriften über den Eintritt der Fälligkeit des Vermächtnisanspruches. Danach muss allerdings nach BGB. 271 I im Zweifel sofortige Fälligkeit, also mit dem Erbfall, eintreten, da dann die Forderung des Vermächtnisnehmers entsteht. Aber es ist dem Erblasser die Möglichkeit an die Hand gegeben, die Fälligkeit über den Anfall hinauszuschieben (Strohal a. a. O. S. 127, Matthiass a. a. O. S. 413, Cosack a. a. O. § 402 III. 5). Eine besondere Auslegungsregel enthält BGB. 2181. Wenn der Zeitpunkt der Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist, tritt die Fälligkeit im Zweifel mit dessen Tode ein. Bis zur Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlass richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden. (BGB. 1958). Der Vermächtnisanspruch gehört zu den Nachlassverbindlichkeiten (BGB. 1967 II.). Selbst nach der Annahme kann der Erbe einen Aufschub der Erfüllung dadurch bewirken, dass er sich der ihm nach BGB. 2014, 2015 zustehenden Einreden bedient. Der Bedachte kann allerdings die Bestellung eines Nachlasspflegers beantragen und gegen ihn seinen Anspruch gerichtlich geltend machen (BGB. 1961). Dann aber kann dieser

durch Vorbringung der aufschiebenden Einreden die Geltendmachung hinausschieben. (BGB. 2017.) (vg. Strohal a. a. O. S. 128 f.) (vg. auch BGB. 2186 für den Fall, dass ein Vermächtnisnehmer beschwert ist.) Weiter kann hier auf die Fälligkeit nicht eingegangen werden, da ihr Eintritt nicht zu den Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes gehört.

Wenn das Vermächtnis vom Einfluss des Beschwerten befreit ist, fehlt nur noch eine Voraussetzung am endgültigen Vermächtniserwerb. Es ist dies die Befreiung vom Einfluss des Bedachten. Es ist klar, dass ihm ein Einfluss auf den Vermächtniserwerb eingeräumt werden muss, da man ihm das Vermächtnis ebensowenig aufzwingen kann, wie etwa eine Schenkung.

3. Befreiung des Vermächtniserwerbes vom Einfluss des Bedachten.

§ 7 Vorbemerkung.

Gegen Mitte des vorigen Jahrhunderts tauchte im gemeinen Recht eine Lehre auf, die mit dem Erbschaftsantritt nur eine Delation des vermachten Rechts eintreten liess, und zum Vermächtniserwerb noch eine positive Antretungshandlung des Legatars, die Acquisition, erforderte. Ob der Legatar die Acquisition vornehmen will oder nicht, hängt allein von seinem Willen ab. Das letzte Erfordernis des Vermächtniserwerbes unterliegt

damit seinem Einfluss; der Vermächtniserwerb kann also nur stattfinden, wenn das Vermächtnis von demselben befreit ist. Dagegen lassen die herrschende Lehre des gemeinen Rechts und das bürgerliche Gesetzbuch (vg. § 4. § 6.) mit dem dies legati veniens resp. dem Anfall das vermachte Recht ipso jure entstehen und damit erwerben. Es kann auffallen, dass wir trotzdem noch von einem Erfordernis des Vermächtniserwerbes reden. Wir haben aber schon hervorgehoben, dass dieser Erwerb nur ein vorläufiger ist und dass es zum endgültigen Erwerb noch an einer Voraussetzung fehlt. Wir verstehen also unter Vermächtniserwerb den endgültigen Erwerb des vermachten Rechts. Das fehlende Erfordernis ist der Verlust des Ausschlagungsrecht. Das Auschlagungsrecht ist ein Recht des Legatars, das ihm nur durch Annahme verloren geht. (§ 13.) Ob er annehmen will oder nicht, hängt allein von seinem Willen ab. Daraus ergiebt sich, dass auch hier die letzte Voraussetzung des Vermächtnisserwerbes in der Befreiung des Vermächtnisses vom Einfluss des Bedachten besteht.

Das Entscheidende ist also nach beiden Lehren der Wille des Legatars. Nur dass die abweichende Lehre des gemeinen Rechts eine positive Erklärung desselben erfordert, während sich die herrschende Lehre und das bürgerliche Gesetzbuch damit begnügen, diesen Willen zu vermuten. Und das mit Recht; denn ein dahin gehender Wille lässt sich bei dem doch regelmässig lukrativen Vermächtnis (l. 32 D. mand. 17,1) wohl voraussetzen.

Wir werden uns zunächst der Frage zuwenden, welche der beiden Lehren des gemeinen Rechts als die Richtige anzusehen ist, und werden dann auf die Regelung im bürgerlichen Gesetzbuch eingehen. Zum Schluss werden wir einige Worte über Ausschlagung und Annahme nach beiden Rechten hinzufügen.

a Über das Erfordernis der Antretung.

α. Gemeines Recht.

§ 8. Formulierung der verschiedenen Lehren.

Es handelt sich also zunächst darum, ob mit dem Erbschaftsantritt das aus der Vermächtnisverfügung dem Legatar zugedachte Recht, auch ohne sein Wissen und ohne seinen Willen, wenigstens vorläufig zur Entstehung gelangt, oder ob in diesem Moment nur eine Delation des Vermächtnisses bewirkt wird, die ihm die Befugnis gewährt zu acquirieren oder zu repudiieren, so dass erst durch eine positive Annahmehandlung seinerseits, die Acquisition, das ihm zugedachte Recht zur Entstehung gelangt.

Lange Zeit hindurch war im gemeinem Recht die erste Lehre ziemlich unbestritten. Nach der Auffindung der Institutionen des Gaius wurden Bedenken laut. Gegen die herrschende Lehre wenden sich Pöschmann (observationum ad jus ante-Instinianeum et Instinianeum triga. Lipsiae 1857. Diss. I), Dietzel (in der Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissen-

schaft V S. 554) und vor allem Köppen (Iherings Jahrbücher für Dogmatik V S. 184 fg., S. 377., XI. S. 196 fg.) Ihre im wesentlichen übereinstimmenden Lehren (Dietzel ist bezüglich des Damnationslegates der herrschenden Ansicht) lassen sich dahin formulieren: Die Delation des Vermächtnisses mit dem Erbschaftsantritt gewährt die alternative Befugnis zu acquirieren oder zu repudiieren. Antretung und Auschlagung werden zurückbezogen. In der Zwischenzeit ist das vermachte Recht nullius (Gajus Inst. II 200).

Die herrschende Lehre verteidigen: Fitting (Archiv für civilistische Praxis B. 42 S. 147 fg.), v. Craisheim (Archiv für civilistische Praxis B. 47 S. 368 fg.) und vor allem Arndts (a. a. O. B. 48 S. 264 fg.)

Wir können hier nicht auf alle Einzelheiten dieses Streites eingehen, zumal da die herrschende Lehre nie erschüttert worden ist und sich der Unterschied zwischen beiden Lehren nicht so tief eingreifend gestaltet, als es im ersten Augenblick erscheint (vg. § 10.)

§ 9. Insbesondere der obligatorische Rechtserwerb.

Wir wenden uns zunächst der Frage zu, ob das obligatorische Recht des Bedachten gegen den Beschwerten auf Leistung des gemachten Gegenstandes ipso jure oder erst infolge einer Antretung zur Entstehung gelangt. Wir wissen, dass in Bezug auf das Vindikationslegat im vorjustinianischen Recht ein Schulenstreit bestanden hat. Die Sabinianer waren der herrschenden Ansicht, die Prokulianer erforderten

eine Antretung. (Gaius Inst. II 195.) Köppen (a. a. O. V. S. 192) behauptet, dass für den Erwerb aus dem Damnationslegat auch die Sabinianer eine Antretung für nötig erachteten. Den Beweis sieht er in Gaius, Inst. II. 204. Der Beweis ist verfehlt. Gaius sagt uns nur, dass das Eigentum an per damnationem legierten Sachen nicht unmittelbar, sondern erst infolge der von dem Legatar angestrengten persönlichen Klage auf diesen übergeht. Diese kann aber ihrerseits sehr wohl ipso jure entstehen. Wenigstens ist das Gegenteil nicht ersichtlich.

Im justinianischen Recht entsteht das obligatorische Recht für den Legatar jedenfalls ipso jure.

l. 16,1 D. qui test. fac. poss. 28,1: furiosus . . . habet testamenti factionem, quia potest sibi adquirere legatum vel fideicommissum: nam etiam compotibus mentis personales actiones etiam ignorantibus adquiruntur. Einem furiosus wird die Möglichkeit des Vermächtniserwerbes zugestanden, weil auch für die, die ihres Verstandes mächtig sind, die persönlichen Klagen ipso jure entstehen. Damit ist bewiesen, dass jedenfalls das obligatorische Recht ipso jure zur Entstehung gelangt. Köppen (a. a. O. V. S. 377) will die Stelle nur auf den Anfall des Vermächtnisses beziehen, der ebenso wie die Klage aus dem Legat mit petitio legati bezeichnet werde. Windscheid (a. a. O. § 643 Anm. 2) nennt eine solche Interpretation mit Recht willkürlich. Vergleiche ausserdem: l. 24 pr. D. de O. et A. 44,7., l. 77,3 D. de legat. II., l 6 C. quando dies legat. 6,53.

§ 10. Widerlegung der abweichenden Lehre.

Das obligatorische Recht aus dem Vermächtnis entsteht für den Legatar ipso jure. Im justinianischen Recht wird dem Legatar unter gewissen materiellen Voraussetzungen (vg. § 21), z. B. wenn eine res propria testatoris legiert ist, ein obligatorisches und ein dingliches Recht aus dem Legat gegeben. Wenn man für die Entstehung des dinglichen Rechts eine Antretungshandlung erfordert, muss sich dann ergeben, dass das obligatorische Recht ipso jure, das dingliche erst durch Antretung zur Entstehung gelangt. Dies scheint dem Geist der l. 1 comm. de legat. 6,43 zu widerstreiten; denn soweit eine obligatorische und eine dingliche Wirkung überhaupt neben einander möglich sind, ist von verschiedenen Voraussetzungen für ihre Entstehung keine Rede. Ausserdem führt ein derartiges Resultat zu praktisch unhaltbaren Konsequenzen, indem daraus z. B. folgen würde, dass im Namen eines Wahnsinnigen, der mit einem Vermächtnis bedacht ist, zwar persönlich geklagt werden könnte, nicht aber dinglich, da ein Vertreter für ihn die Annahmeerklärung nicht abgeben kann. (l. 90 pr. D. de acquir. vel omitt. hered. 29,2) (Fitting a. a. O. S. 150 f) Doch rechtfertigen diese Bedenken allein keineswegs die Verwerfung dieser Lehre. Wir müssen trotzdem näher auf dieselbe eingehen. Unbestritten ist, dass ursprünglich ein Schulenstreit zwischen den Sabinianern, die das Vermächtnis ipso jure erwerben liessen, und den Prokulianern be-

standen hat, die eine Antretung verlangten. (Gajus Inst. II 195). Köppen behauptet, dass die Subinianer ihre Lehre zu Gunsten der Prokulianer aufgegeben, also auch für den Erwerb aus dem Vindikationslegat eine Antretung erfordert hätten. Im justinianischen Recht entstehe das dingliche Recht für den Legatar erst durch Antretung. (Köppen a. a. O. V. S. 192).

Die Behauptung, dass die Sabinianer selbst von ihrer Lehre abgegangen seien und sich der Lehre ihrer Gegner angeschlossen hätten, gründet sich besonders auf Gaius Inst. II 195: sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videbimur, quod Proculo placuit. Nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, »deliberent«, inquit, »Decuriones an ad se velint pertinere, proinde ac, si uni legatus esset, adquiri soleret.« Die Stelle braucht aber nicht notwendig zu Gunsten der prokulianischen Lehre ausgelegt zu werden. Die Sabinianer geben dem Legatar das Recht der Ausschlagung mit rückwirkender Kraft (Gaius Inst. II 195: tum perinde esse, atque si legatum non esset). Sie können also einen vorläufigen Vermächtniserwerb auch ohne den Willen des Legatars eintreten lassen, und doch den endgültigen Erwerb auf seinen Willen stellen. »deliberent, an ad se velint pertinere« ist demgemäss mit der sabinianischen Lehre vereinbar. Wir sehen also in der Antwort des Antoninus Pius keine Entscheidung des Schulenstreites. Irgend einen Grund muss die Anfrage aber gehabt haben. Man kann z. B. annehmen, dass die Konstitution ledig-

lich über die Gültigkeit eines Legates an Stadtgemeinden entscheiden wollte, und darüber, ob die Dekurionen befugt seien, als Repräsentanten der Kolonie über Annahme und Ausschlagung des Legates die Entscheidung zu treffen. (vg. Arndts a. a. O. B 48 S. 267 fg. und in Weiskes Rechtslexikon VI. S. 324 Anm. 363). Die Stelle beweist also nicht, dass die Sabinianer ihre Lehre aufgegeben haben. Aus diesem Grunde hat auch die herrschende Lehre nach Auffindung der Institutionen des Gaius keine Veranlassung genommen, ihre Lehre zu korrigieren.

Wir gehen jetzt zu der Behauptung über, dass zur Entstehung des dinglichen Rechts im justinianischen Recht eine Antretung erforderlich ist. Köppen führt zum Beweise seiner Lehre zahlreiche Quellenstellen an, die ersichtlich den Vermächtniserwerb vom Willen des Legatars abhängig machen und voraussetzen, dass ein Vermögenserwerb noch nicht stattgefunden hat. Er zieht daraus den Schluss, dass die herrschende Lehre unhaltbar ist, weil sich alle die Stellen nicht mit ihr vereinbaren liessen. Soweit die folgenden Stellen von Sabinianern herrühren, z. B. l. 86,2 D. de legat. I (Julian), l. 38,1 D. eod. (Pomponius), sind sie auch zum Beweise angeführt, dass die Sabinianer ihre Lehre zu Gunsten der Prokulianer aufgegeben haben. Natürlich beweisen die Stellen für diese Behauptung nicht mehr, als für das justinianische Recht. Wir haben schon hervorgehoben, dass auch die Sabinianer, trotzdem sie den Vermächtniserwerb ipso jure eintreten lassen, ihn doch

auf den Willen des Legatars stellen können, und zwar als Folge der Repudiation mit rückwirkender Kraft. Dann geht nicht ein schon erworbenes Recht verloren; es stellt sich heraus, dass nie erworben war, dass also auch kein Vermögenserwerb stattgefunden hat. Die folgenden Stellen sind also mit beiden Lehren vereinbar. Sie beweisen uns nicht die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre, sie rechtfertigen vielmehr die Rückziehung der Ausschlagung und die Scheidung in vorläufigen Vermächtniserwerb ohne den Willen des Legatars und devinitiven Vermächtniserwerb mit seinem Willen.

Köppen (a. a. O. S. 196.) freilich behauptet, dass ein ipso jure Erwerb eine Ausschlagung überhaupt unmöglich macht.

l. 1,7 D. de succ. edict. 38,9: quod adquisitum est, repudiari non potest. Das »bereits Erworbene« kann nicht mehr ausgeschlagen werden, folglich ist die herrschende Lehre falsch. Mit seiner Lehre ist der Begriff der Repudiation dagegen vereinbar, weil er anwendbar ist, auf das Ausschlagen des »erst zu machenden« Erwerbes. Diese Beweisführung ist principipetitio (Brinz a. a. O. § 427 Anm. 50.) Auch die Sabinianer nehmen noch keinen definitiven Vermächtniserwerb an. Ausserdem kann die Stelle auf die ihr beigelegte allgemeine Bedeutung keinen Anspruch machen. Es handelt sich lediglich um eine singuläre Vorschrift, die Stelle handelt von der bonorum possessio decretalis. Sie sagt zunächst, dass eine Ausschlagung vor dem Dekret nicht

möglich ist, weil vorher keine Delation stattgefunden hat. Nach derselben ist eine Ausschlagung »zu spät« und zwar aus folgenden Gründen. Der Erbschaftserwerb setzt die Delation voraus, das ist die von der Rechtsordnung gebotene Möglichkeit Erbe zu werden, ein objektives Moment; daneben auch ein subjektives Moment, die Acquisition. Da in diesem Fall schon die Delation eine Willenserklärung, also ein subjektives Moment erfordert, rechtfertigt sich die Annahme, dass derjenige, der die Delation erbittet, auch den Willen zur Acquisition hat. »Da sich also die beiden Voraussetzungen der Acquisition, Delation und Wille, hier im Moment der Delation verbinden, fällt die Acquisition mit der Delation zusammen.« (v. Crailsheim a. a. O B. 47 S. 386). Dem zufolge ist hier eine Ausschlagung unmöglich, aber auch nur deshalb.

Köppen beweisst seine Lehre sodann durch folgende Stellen, die voraussetzen, dass sich das vermachte Recht noch nicht mit dem Vermögen des Legatars verbunden hat.

l. 6,4 D. quae in fraud. cred. 42,8: sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare hoc edictum. Die Ablehnung eines Vermächtnisses ist keine alienatio in fraudem creditorum, die actio Pauliana findet darauf keine Anwendung.

l. 38,1 D. de legat. I: si legatum nobis relictum constituerimus, nolle ad nos pertinere, pro eoerit, quasi nec legatum quid em sit; et ideo dicimus, nec confusas servitutes, si forte praedium mihi legatum praedio meo

debuerit servitutes. Im Fall der Ausschlagung gelten Servituten, die meinem Grundstück gegen das vermachte Grundstück zustehen, als nicht erloschen, sondern bestehen weiter.

l. 3 D. de servit. leg. 33,3: si fundum Maevio et ad eum viam per alium fundum, et eundemque fundum sine via Titio legasset, si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum, quia neque adquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vin dicasset, altero deliberante, posse dubitari, an, si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset; et hoc magis videbatur. Mävius ist ein Grundstück mit einem Wegerecht und dem Titius dasselbe Grundstück sine via per vindicationem vermacht. Wenn Titius ausschlägt, ist die Folge, dass Mävius jetzt auch die vermachte Grunddienstbarkeit erwirbt, also muss vorausgesetzt sein, dass Titius den ihm zugedachten Teil noch nicht erworben hatte; denn teilweise kann eine Grunddienstbarkeit nicht zur Entstehung gelangen.

Diese Stellen beweisen nach Köppen deshalb gegen die herrschende Lehre, weil sie voraussetzen, dass ein Vermögenserwerb noch nicht stattgefunden hat. Denn sonst müsste gegen den Legatar, der das Vermächtnis ausschlägt, die actio Pauliana gegeben werden, die Servituten müssten durch Konfusion erlöschen, das Wegerecht könnte nicht zur Entstehung gelangen. Darin hat Köppen völlig Recht. Aber die Folgerung, die er zieht, ist falsch. Denn die herrschende Lehre muss zum selben Resultat kommen, da sie der Aus-

schlagung rückwirkende Kraft beilegt. Dazu berechtigen die angeführten Stellen.

Köppen (a. a. O. S. 194 fg.) führt weiter eine Reihe von Quellenstellen an, die den Erwerb des vermachten Eigentums von einem postfactum des Legatars abhängig machen.

l. 86,2 D. de legat. I: . . . in suspenso est, nam si legatarius repulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegitur.

l. 15 D. reb. dub. 34,5: . . . nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. . . . . nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur.

l. 80 D. de legat. II: . . . si . . . legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, numquam factum heredis.

l. 44,1 D. de legat. I: . . . ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est, si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis. Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen einem vorläufigen Vermächtniserwerb ohne den Willen des Legatars und einem endgültigen Vermächtniserwerb mit seinem Willen. Alle die angeführten Stellen machen nur den endgültigen Vermächtniserwerb von einem postfactum des Legatars abhängig. Das spricht nicht gegen die herrschende

Lehre, sondern entspricht ihr. Folglich ist auch diese Beweisführung Köppens verfehlt. Übrigens scheint sich Köppen seiner Behauptung selbst nicht ganz sicher zu sein. Es fällt ihm jedenfalls auf, dass eigentlich alle Stellen das Hauptgewicht auf das »non reppellere,« »non repudiare« legen. Dies Bedenken beschwichtigt er durch die Bemerkung, dass das negative »non reppellere,« »non repudiare« das Erfordernis der Acquisition ebenso deutlich ausspreche, als das positive »velle.« Dabei bleibt vor allem unerklärt, warum der negative Ausdruck bei Vermächtnissen so oft, bei Erbschaften nie gebraucht wird (vg. v. Crailsheim a. a. O. S. 379). Aber abgesehen davon, wir wollen diese Stellen gar nicht als Beweise für die herrschende Lehre in Anspruch nehmen; jedenfalls beweisen sie nicht gegen dieselbe.

Eine vergleichende Gegenüberstellung beider Lehren ergiebt jetzt folgendes interessante Ergebnis. Die abweichende Lehre des gemeinen Rechts legt der Antretung und der Ausschlagung rückwirkende Kraft bei, so dass sich dann herausstellt, dass der Legatar resp. der Erbe in Wahrheit schon vom Erbschaftsantritt an berechtigt gewesen sind. In der Zwischenzeit muss man subjektlose Rechte annehmen. (Gaius Inst. II, 200) die herrschende Lehre lässt ipso jure das vermachte Recht vorläufig entstehen, so dass vor der Hand der Legatar als Rechtssubjekt anzusehen ist, aber wenn er ausschlägt, stellt sich heraus, dass thatsächlich der Erbe von Anfang an berechtigt gewesen ist. Beide Lehren

treffen also im praktischen Erfolge zusammen. Denn im Moment der definitiven Rechtsgestaltung, die nach beiden Lehren vom Willen des Legatars abhängig ist, also im Moment der Ausschlagung resp. des Verlustes des Ausschlagungsrechtes und im Moment der Ausschlagung resp. der Antretung zeigt sich, dass der Erbe resp. der Legatar vom Erbschaftsantritt an als berechtigt anzusehen sind. In Bezug auf die Rechtslage während der Zwischenzeit, insbesondere über die Wirksamkeit von Verfügungen über per vindicationem legierte resp. vermachte eigene Sachen besteht dann nach beiden Lehren die gleiche Regelung. Daraus erklärt sich auch die interessante Thatsache, dass von Anhängern der einen wie der anderen Lehre, verschiedene der angeführten Stellen zum Beweise der von ihnen vertretenen Lehre herangezogen werden konnten, z. B. l. 15 D. reb. dub. 34,5, l. 80 D. de legat. II, l. 44, 1 D. de legat. I. (Köppen a. a. O. V S. 195, Fitting a. a. O. S. 166, 164, 165.) Zugleich zeigt sich damit, dass sich der Unterschied zwischen beiden Lehren nicht so tiefeingreifend gestaltet, als es im ersten Augenblick erscheinen kann.

Wir müssen noch auf eine Stelle eingehen, die nach Köppen derartig für seine Lehre beweist, »dass sie keines weiteren Kommentars bedarf.« (Köppen a. a. O. V S. 198).

l 13. D. de condit. inst. 28,7: ei, qui ita hereditatem vel legatum accepit, »si decem dederit,« neque hereditas neque legatum aliter adquiri potest, quam si post impletam condicionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum adquiri solet.

In der That scheint diese Stelle deutlich eine Antretungshandlung durch den Legatar zu verlangen. Besonders die Ausdrucksweise scheint dafür zu sprechen. Doch ist zu beachten, dass Julian zugleich vom Erbschaftserwerb redet, und sich dadurch wohl zu einer Ausdrucksweise hat verleiten lassen, die auf den Vermächtniserwerb allerdings nicht passt. Vor allem aber scheint Julian hier nur die Frage erörtern zu wollen, ob in der Erfüllung einer gesetzten Potestativbedingung ein Verzicht auf das Ausschlagungsrecht liegt. Man kann nämlich leicht zu diesem Resultat kommen. Besonders wenn man die oben angeführte Entscheidung über die bonorum possessio decretalis zu Rate zieht (l. 1, 7 D. cit). Denn nach der herrschenden Lehre gehört zum endgültigen Vermächtniserwerb Verlust des Ausschlagungsrechts. Dies wird nur durch Annahme verloren, ist also allein auf den Willen des Legatars gestellt. Die Erfüllung der gesetzten Potestativbedingung hängt gleichfalls nur von seinem Willen ab. Man könnte nun in der Erfüllung der Bedingung den Willen zur Annahme sehen, also einen Verzicht auf das Ausschlagungsrecht, ebenso wie man nach l. 1,7 D. cit, weil schon die Delation eine Willenserklärung erfordert, die Acquisition mit ihr zusammen eintreten lässt. Das soll nach Julians Entscheidung nicht der Fall sein, da man in der Erfüllung der Potestativbedingung: »si decem dederit« (oder wenn er vor sieben Uhr aufsteht) nicht einen Verzicht auf das Ausschlagungsrecht zu sehen braucht, da insbesondere auch eine unbewusste Er-

füllung derselben denkbar ist. »acquirere« bedeutet dann den endgültigen Vermächtniserwerb, für den auch die herrschende Lehre nach Erfüllung der Bedingung noch eine Willensäusserung des Legatars verlangt.

Wir haben zunächst festgestellt, dass sämtliche Stellen, die gegen die herrschende Lehre beweisen sollen, weil sie mit ihr unvereinbar seien, diese Behauptung nicht belegen. Sie lassen sich ebenso gut im Sinn der herrschenden, wie der abweichenden Lehre erklären. Wir müssen jetzt noch den positiven Beweis für die herrschende Lehre erbringen.

§ 11. Begründung der herrschenden Lehre.

Den Beweis für die herrschende Lehre liefert vor allem

l. 19, 1 D. quem adm. serv. am. 8,6: si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris, eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo; quodsi intra idem tempus, antequam rescires, tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emtorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat, ut jam nec jus repudiandi legatum tibi possit contingere, quum ad te fundus non pertineat. Eine Wegeservitut ist per vindicationem legiert. Der Legatar erwirbt sie mit dem Erbschaftsantritt ipso jure, auch ohne sein Wissen und ohne seinen Willen, sonst

könnte sie nicht durch non usus verloren gehen und er könnte sie nicht an den Käufer übertragen. Dies ist gewiss beweisend für die Aufnahme der sabinianischen Lehre. Köppen (a. a. O. V S. 197) allerdings erklärt den scheinbaren Widerspruch gegen seine Lehre dadurch, dass er ausführt: Pomponius, von dem die Stelle herrührt, ist ein Sabinianer, der vor und nach Erlass der entscheidenden Konstitution des Antoninus Pius lebt (vgl. § 10). Vor Erlass der Konstitution vertritt er natürlich die Lehre seiner Schule, und aus dieser Zeit stammt diese Stelle; während er nach Erlass derselben sich der prokulianischen Lehre anschloss, wie l. 38, 1 D. cit. beweist. Nun beweist zunächst die angegebene Stelle nicht, dass Pomponius später die Lehre seiner Schule aufgegeben hat (vgl. § 10), doch das gehört nicht hierher. Jedenfalls scheint es unerklärlich, wie diese Stelle doch ins corpus juris hat aufgenommen werden können. Mit Köppen (a. a. O. V S. 198) ein Versehen der Kompilatoren anzunehmen, ist willkürlich. Klar gegen Köppen beweist aber folgende Gegenüberstellung. Die Stelle, die nach Erlass der Konstitution geschrieben sein soll, hat die Inscription: Pomponius libro sexto ad Sabinum, diejenige, die vor Erlass abgefasst sein soll: Pomponius libro trigesimo secundo ad Sabinum. (vgl. Arndts a. a. O. B. 48 S. 311). Danach ist Köppens Erklärungsversuch verfehlt.

Die Schwäche seiner Beweisführung ist denn auch Köppen nicht verborgen geblieben. Er versucht deshalb in einer zweiten Abhandlung (Iherings Jahrbücher

für Dogmatik XI. S. 212f) der Stelle eine andere Erklärung zu geben. Zwar steht nach dem Erbschaftsantritt Eigentum und jus inre an einer vermachten eigenen Sache des Testators niemandem zu, aber dem Legatar wie dem Erben wird ein in der Entstehung begriffenes Eigentum resp. jus in re erworben, das zum vollen Eigentum resp. jus in re wird sub condicione der Acquisition resp. subcontraria condicione. Dieses in der Entstehung begriffene jus in re geht in unserer Stelle durch non usus unter resp. bei Veräusserung des praedium dominans in Verbindung mit demselben auf den Singularsuccessor über. Diese Erklärung bedarf wohl keiner Widerlegung. Ich will nur bemerken, dass ein noch nicht entstandenes Recht, wohl kaum durch non usus verloren gehen kann. Verloren wird dann nur »die eröffnete Aussicht auf den Erwerb dieses Rechts, nicht dieses Recht selber.« (Arndts a. a. O. B. 48 S. 325). Angewandt auf l. 19, 1 D. cit.: der Legatar kann die Möglichkeit verlieren, die vermachte Servitut zu erwerben, nicht die Servitut selbst. Dem gegenüber spricht aber die Stelle klar und deutlich von einem Verlust der Servitut selbst; setzt also einen Erwerb der Servitut voraus und nicht nur die Aussicht auf einen Erwerb derselben.

Einen Beweis für die herrschende Lehre erbringen auch diejenigen Stellen, in denen einem furiosus die Möglichkeit des Vermächtniserwerbes zugestanden wird. Selbst kann er die Acquisition nicht vornehmen, auch ein Vertreter kann die Annahmeerklärung nicht

für ihn abgeben, folglich müsste ihm der Vermächtniserwerb überhaupt verschlossen sein, wenn er nicht das vermachte Recht ipso jure erlangt. vgl. z. B. l. 24 pr. D. de O. et A. 44,7.

Zum Beweise für die herrschende Lehre können ausserdem angeführt werden: l. 69 pr. D. de legat. I, l. 81, 6 D. eod., l. 77,3 D. de legat. II und andere. Wir bedürfen keiner weiteren Beweise, da die gebrachten genügend für die herrschende Lehre beweisen. Ich möchte nur noch einen zweiten Schulenstreit über das suspensiv bedingte Vindikationslegat erwähnen. Nach Gaius Jnst. II 200 nehmen die Prokulianer an, dass pendente condicione die vermachte Sache nullius sei, während die Sabinianer solange dem Erben das Eigentum zusprechen. Es ist unzweifelhaft, dass hier die sabinianische Lehre den Sieg davongetragen hat und ins justinianische Recht aufgenommen ist. (vgl. z. B. l. 32, 1 D. de legat. II, l. 66 D. de R. V. 6, 1, l. 12, 2 D. fam. ercisc. 10, 2: quae sub condicione legata est, interim heredum est, vgl. aber Köppen a. a. O. S. 193. Anm. 178. Danach soll die legierte Sache pendente condicione zwar nullius sein, gehört aber zur Erbschaft und aus diesem Grunde ist dem Erben die rei vindicatio und die actio familiae erciscundae zuzusprechen). Ich möchte noch darauf hinweisen, dass diese Lehre der Prokulianer wie der Sabinianer ganz ihrer Lehre über das unbedingte Vindikationslegat entspricht und daraus den Schluss ziehen, dass abgesehen von den oben angeführten Beweisen für die Aufnahme der sabinianischen

Lehre über das unbedingte Vindikationslegat ins justinianische Recht, eine Reception der prokulianischen Ansicht in Bezug auf das unbedingte Vindikationslegat, der sabianischen in Bezug auf das bedingte wenig Wahrscheinlichkeit für sich hat.

Wir haben damit folgendes Ergebnis gewonnen. Die Sabinianer haben für den Erwerb weder aus dem Damnationslegat noch aus dem Vindikationslegat ursprünglich eine Antretungshandlung durch den Legatar für erforderlich erachtet, noch sind sie später von ihrer Lehre abgegangen. Dies ist teils bewiesen, teils zum mindestens nicht widerlegt. Jedenfalls finden wir im justinianischen Recht nur die Lehre, dass sich der Vermächtniserwerb ipso jure vollzieht, ohne dass es einer besonderen Antretungshandlung durch den Legatar bedarf. Der hier vertretenen Ansicht sind fast alle Autoren über diesen Gegenstand. Vgl. die Zusammenstellung von Brückner a. a. O. S. 65. Ihering (Iherings Jahrbücher für Dogmatik X S. 479 f) sieht die Lehre der Sabinianer nicht als recipiert an; aber er ist auch mit dem prokulianischen »nullius« nicht einverstanden; er konstruiert gebundenes Eigentum des Erben. Brinz (a. a. O. § 427, Anm. 50) weist darauf hin, dass in gewissem Sinn auch das sabinianische Eigentum des Legatars gebunden ist, und fragt, »warum Ihering das Gebundene lieber beim Erben als beim Legatar will?« Köppen geht in seinem Lehrbuch über das heutige römische Erbrecht (§ 114) — 1895 — nicht von seiner Ansicht ab.

β. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 12.

Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts, die den Vermächtniserwerb ipso jure eintreten lässt, ohne eine positive Willenserklärung des Legatars zu erfordern, hat auch im bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden. Wir haben schon § 6 gesehen, dass das bürgerliche Gesetzbuch mit dem Erbfall das vermachte Recht ipso jure entstehen lässt, auch ohne den Willen des Bedachten und ohne sein Wissen. (BGB. 2176) Dieser Vermächtniserwerb ist aber nach beiden Rechten nur ein vorläufiger, der in Gegensatz zu setzen ist zum definitiven Vermächtnisserwerb. Dieser ist aber seinerseits stets durchaus vom Willen des Legatars abhängig. Die Einwilligung des Bedachten in den Vermächtniserwerb ist zugleich die letzte Voraussetzung desselben. Da sich dieselbe regelmässig voraussetzen lässt, thut die Rechtsordnung gut daran, einen wenigstens vorläufigen Vermächtniserwerb zwar ohne den Willen, aber entsprechend dem mutmasslichen Willen des Legatars eintreten zu lassen. Wenn die Rechtsordnung dann ausnahmsweise nicht das Richtige getroffen hat, kann der wirkliche Wille des Legatars, da ein definitiver Rechtserwerb noch nicht vorliegt, immer noch zur Geltung kommen. Wir werden sehen in welcher Weise der Wille des Legatars, zur Äusserung gelangt.

b. Ausschlagung und Annahme.

§ 13.

Der Bedachte kann seinem Willen in zweifacher Weise Ausdruck geben. Er kann das Vermächtnis ausschlagen und er kann es annehmen. Einer Ausschlagung wird rückwirkende Kraft beigelegt. Wir haben diese Behauptung für das gemeine Recht schon im § 10 aufgestellt und konnten sie durch die Quellenstellen beweisen, die nach Köppens Ansicht gegen die Möglichkeit eines ipso jure Erwerbes sprechen, z. B. l. 6,4 D. quae in fraud. cred. 42,8, l. 38,1 D. de legat. I. eto. Das Gleiche gilt auch für das bürgerliche Gesetzbuch. Wenn der Legatar das Vermächtnis ausschlägt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt (BGB. 2180 in Bezug auf BGB. 1953 I). Der Ausschlagung kommt also nicht nur die Folge zu, dass der Legatar aufhört Legatar zu sein, sie macht vielmehr klar, dass er überhaupt nie Legatar gewesen ist. Aus diesem Grunde verstehen wir unter Vermächtniserwerb erst den definitiven Erwerb des vermachten Rechts und nicht schon die »Entstehung des vermachten Rechts, unbeschadet des Ausschlagungsrechts.« Denn wenn der Legatar ausschlägt, geht ihm nicht ein schon erworbenes Recht verloren, es stellt sich vielmehr heraus, dass er nie erworben hatte. (Abweichend z. B. Windscheid a. a. O. § 643, Dernburg a. a. O § 108, Frommhold a. a. O. § 2176 Anm. 3. § 2178 Anm. 1, Brückner a. a. O. § 33, vg. aber auch Brinz a. a. O. S. 414, Meischeider a. a. O. S. 347.) Wir haben damit das Resultat gewonnen,

dass der Vermächtniserwerb, d. h. also der definitive Vermächtniserwerb sich erst vollziehen kann, wenn der Legatar das Ausschlagungsrecht verloren hat. Er verliert es aber nur durch die Annahme, d. h. durch die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, dass er das Vermächtnis haben, oder sagen wir in Rücksicht auf den vorläufigen Vermächtniserwerb besser behalten will. Der vorläufige Rechtserwerb hat dann die Folge, dass vor der Hand ein Rechtszustand eintritt, der demjenigen entspricht, der im Fall eines definitiven Erwerbes eingetreten sein würde, so dass also auch im Fall der Annahme der Legatar nicht erst von der Annahme, sondern schon von dem vorläufigen Rechtserwerb an als berechtigt anzusehen ist.

Die Annahme- und die Ausschlagungserklärung bedürfen im gemeinen Recht keiner Form (Windscheid a. a. O. § 643 in Bezug auf § 596 Nr. 2 und § 599), sie können insbesondere auch einem Dritten gegenüber wirksam abgegeben werden. Auch das bürgerliche Gesetzbuch verlangt keine besondere Form, es genügt also eine Erklärung durch schlüssige Handlungen (Planck a. a. O. § 2180 Anm. 2), doch sind die Annahme- und die Ausschlagungserklärung gegenüber einem Dritten wirkungslos, sie haben vielmehr durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten zu erfolgen (BGB 2180 II). Man wird annehmen müssen, dass sie auch einem Nachlasspfleger und einem Testamentsvollstrecker gegenüber wirksam abgegeben werden können. (Strohal a. a. O. S. 129 Anm. 14, Planck a. a. O. § 2180 Anm 2).

Im gemeinen Recht ist der Erbschaftsantritt, an dem das vermachte Recht vorläufig zur Entstehung gelangt, der früheste Zeitpunkt, an dem die Annahme und die Ausschlagung wirksam erklärt werden können. (Dernburg a. a. O § 108.) Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch kann die Erklärung erst nach dem Erbfall abgegeben werden. (BGB. 2180 II.) Während also Annahme und Ausschlägung nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt wirksam erklärt werden können, sehen sowohl das gemeine Recht wie das bürgerliche Gesetzbuch von der Bestimmung einer Frist ab, innerhalb welcher die Ausschlagung zu erklären und nach deren Ablauf eine stillschweigende Annahme anzunehmen wäre. Dem Bedachten geht also sein Recht durch Fristablauf nicht verloren. »So kann es geschehen, dass Jahrzehnte lang das Schicksal eines Vermächtnisses nach der Laune des Vermächtnisnehmers ungewiss bleibt.« (Cosack a. a. O. § 403 II 2b) (vg. BGB. 2307 II, wo umgekehrt nach Ablauf der vom Erben gesetzten Frist das Vermächtnis als ausgeschlagen gilt.)

Die Annahme und die Ausschlagung des Vermächtnisses sind endgültig. Wenn also der Legatar das Vermächtnis angenommen hat, kann er es nicht mehr ausschlagen und umgekehrt. (Dernburg a. a. O. § 108 Nr. 2, BGB. 2180 I, Planck a. a. O. § 2180 Anm. 3 e) Sie können nicht unter einer Bedingung oder einer Befristung abgegeben werden. (Windscheid a. a. O. § 643, BGB. 2180 II). Im gemeinen Recht gilt Annahme eines Teiles als Annahme des Ganzen

(l. 4, l. 6 D. de legat. II, l 38 pr. D. de legat. I., Windscheid a. a. O. § 643, Dernburg a. a. O. § 108 Nr. 3.), während im bürgerlichen Gesetzbuch die Annahme oder Ausschlagung eines Teils unwirksam ist. (BGB. 2180 III in Bezug auf BGB. 1950). Von mehreren Vermächtnissen kann der Legatar das eine ausschlagen, das andere annehmen (l. 5 pr. D. de legat. II, Planck a. a. O. § 2180 Anm. 3 b). Das Ausschlagungsrecht ist vererblich. (BGB. 2180 III in Bezug auf BGB. 1952 I). Von mehreren Erben des Legatars kann der eine seinen Anteil am Vermächtnis ausschlagen, der andere annehmen. (l. 38 pr. D. de leg. I, BGB 2180 III in Bezug auf BGB. 1952 III).

Wir haben damit die Besprechung von den Voraussetzungen des Vermächtniserwerbes beendet. Aber unter der Annahme, dass der Testator das Vermächtnis pure hinterlassen hat. Der Erblasser ist aber sehr wohl in der Lage, den Vermächtnissen besondere Bestimmungen hinzuzufügen, und dadurch weitere Voraussetzungen für den Vermächtniserwerb zu schaffen. Diese müssen dann gleichfalls erfüllt sein, um den Vermächtniserwerb eintreten zu lassen. Wir wenden uns jetzt den Vermächtnissen zu, denen der Testator besondere Bestimmungen hinzugefügt hat.

II. Vermächtnisse mit besonderen Bestimmungen des Erblassers.

1. Gemeines Recht.

§ 14. Einfluss der besonderen Bestimmungen auf den dies legati cedens.

Die besonderen Bestimmungen, durch die der Testator auf den Vermächtniserwerb einwirkt, sind die Bedingung und die Zeitbestimmung. Die Resolutivbedingung und der Endtermin bieten für den Vermächtniserwerb nichts Besonderes, die folgende Darstellung beschränkt sich also auf die Suspensivbedingung und den Anfangstermin. Wir beginnen mit dem gemeinen Recht.

Bei unbedingten und unbetagten Vermächtnissen tritt der dies legati cedens und damit der Erwerb einer vererblichen Anwartschaft auf das vermachte Recht mit dem Tode des Testators ein, um den Beginn der Vererblichkeit dem Einfluss des Beschwerten zu entziehen. Das Vermächtnis soll gegen schädliche Einflüsse »extrinsecus« geschützt werden. Andererseits aber steht es dem Testator durchaus frei, durch Sonderbestimmung den Eintritt der vererblichen Anwartschaft hinauszuschieben. Denn ein Schutz gegen einen Aufschub »ex ipso testamento« ist nicht beabsichtigt. (l. 6,1 D. quando d. leg. vel. fdc. cedat. 36,2). Die Rechtsordnung sieht in der Hinzufügung einer Suspensivbedingung nicht aber eines Anfangstermins den Willen des Erblassers den Beginn der Vererblichkeit hinauszuschieben.

Der dies legati cedens eines suspensiv bedingten Vermächtnisses tritt also erst mit der Erfüllung der Bedingung ein.

(l. 5,2 D. h. t.: sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam condicio fuerit impleta).

Die Bedingung kann schon vor dem Tode des Testators in Erfüllung gegangen sein, z. B. wenn er sich verheiratet, oder gleichzeitig mit demselben, z. B. wenn er bei meinem Tode noch Offizier ist, dann tritt der dies legati cedens natürlich nicht vor dem Tode des Erblassers ein, sondern mit demselben. Voraasgesetzt ist, dass es sich nicht um Bedingungen handelt, die nur nach dem Tode des Testators erfüllt werden können, z. B. wenn er zu meinem Leichenbegängnis kommt. (l. 91 D. de condic. et demonstr 35,1). Zu beachten ist, dass bedingte Einsetzung des Onerierten den dies legati cedens nicht hinausschieben soll. Dies gilt insbesondere bei bedingter Erbeseinsetzung (l. 7,1 D. h. t.). Der dies legati cedens des einem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisses tritt also schon mit dem Tode des Testators ein. (l. 1, l. 7,5 D. h. t.) (Arndts a. a. O. B. 48, S. 201).

Ein Anfangstermin schiebt den dies legati cedens und dem entsprechend den Erwerb einer vererblichen Anwartschaft nicht hinaus, der dies legati cedens tritt also schon mit dem Tode des Testators ein.

(l. un. § 1 C. de cad. toll. 6,51: sancimus . . . . ., legatorum in diem relictorum diem a morte testatoris cedere. l. 5,1, l. 21 pr. D. h. t.)

Vorausgesetzt ist aber, dass der Testator in der Hinzufügung des Termins auch wirklich einen Zahlungstermin sehen wollte und dass darin nicht eine Bedingung der Art versteckt liegt, dass der Legatar den Termin auch erleben soll. Dann ist der dies einer Bedingung gleich zu behandeln, der dies legati cedens tritt dann erst mit dem Termin ein. Wann ein dies den dies legati cedens hinausschieben soll und wann nicht, ist allein auf den Willen des Testators in concreto gestellt. Die ganze Frage ist eine Auslegungsfrage. Zahlreiche Quellenstellen interpretieren diesen Willen des Erblassers. Es lassen sich daraus folgende gesetzliche Präsumtionen gewinnen, die zur Anwendung zu bringen sind, wenn sich kein entgegenstehender Wille des Testators ergiebt.

Die Hinzufügung eines dies certus an et quando gilt als Zeitbestimmung, dies cedens tritt also mit dem Tode des Testators ein. Ein Ratenvermächtnis ist ein einzigstes Vermächtnis, dessen dies cedens mit dem Erbfall eintritt, die Summe ist lediglich im Interesse des Erben geteilt, (l. 12,4 D. h. t.) Beim Rentenvermächtnis liegen soviel Vermächtnisse vor, als Renten geschuldet werden, die jedesmal selbständig cedieren müssen. Der erste dies gilt als Zeitbestimmung, die die übrigen als Bedingung, ihr dies cedens tritt dann erst mit dem jedesmaligen Termin ein.

(l. 10, l. 12 pr., 2 D. h. t., l. 4 D. de ann. leg. et fdc. 33,1: . . . primi anni purum, sequentem condicionale; . . . videri enim hanc inesse condicionem, »si vivat«,

et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire. Brinz a. a. O. § 415 I 2 b. Anm. 16, 18. § 427, Anm. 13.) In allen übrigen Fällen greift die Präsumtion Platz: dies incertus condicionem in testamento facit (l. 75 D. cond. 35,1) Also bei Vermächtnissen gilt die Hinzufügung auch eines dies certus an, incertus quando im Zweifel als Bedingung, z. B. heres meus cum morietur, (l. 4 pr. l. 13 D. h. t.) dies cedens tritt dann erst mit dem Termin ein. Eine Ausnahme wird nur gemacht, wenn es gewiss ist, dass der Legatar diesen Zeitpunkt erleben wird. Dies ist aber nur der Fall, wenn der Termin sein Todestag ist. Dann gilt die Hinzufügung des Termins als Zeitbestimmung, dies cedens tritt also schon mit dem Erbfall ein. (l. 4,1 D. h. t.). Diese Unterscheidung ist antiquiert. Sie hatte den Zweck, das im früheren Recht verbotene Vermächtnis an incertae personae, vermöge dessen den Erben eines Dritten nicht gültig etwas vermacht werden konnte, zu umgehen. Man vermachte also dem Dritten auf seinen Todestag und erreichte damit, dass dies legati cedens schon mit dem eigenen Tode eintrat, folglich Vererblichkeit auf die Erben des Dritten erzielt wurde. Im justinianischen Recht kann den Erben eines Dritten schon direkt vermacht werden. Die Aufnahme der Stelle lässt sich nur dadurch erklären, dass diese Form des Vermächtnisses an die Erben eines Dritten sich so sehr ins Rechtsbewusstsein eingebürgert hatte, dass sich die Zuwendungen noch jetzt meist in dieser Form vollzogen. (Heinsius a. a. O. § 6).

Natürlich enthält auch der dies incertus an (certus und incertus quando) im Zweifel eine Bedingung. Der dies legati cedens tritt also erst mit dem Termin ein. (l. 21 pr., l. 22 pr. D. h. t.)

§ 15. Einfluss der besonderen Bestimmungen auf den dies legati veniens.

Wir haben § 4 festgestellt, dass sich der vorläufige Vermächtniserwerb immer erst vollziehen kann, wenn infolge des Erbschaftserwerbes das Vermächtnis vom Einfluss des Beschwerten befreit ist. Daraus ergiebt sich, dass auch bei bedingten und betagten Vermächtnissen das vermachte Recht nie vor dem Erbschaftsantritt zur Entstehung gelangen kann, auch wenn sich die Bedingung vorher erfüllt oder der Termin vorher eintritt. Besonderheiten ergeben sich nur, wenn die Erfüllung der Bedingung oder der Eintritt des Termins dem Erbschaftsantritt nachfolgen.

Die dem Vermächtnis beigegebene Zeitbestimmung schiebt die Entstehung des vermachten Rechts, also den dies legati veniens über den Erbschaftsantritt bis zum Eintritt des Termins hinaus.

(l. 45, 1 D. de legat. II: nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniet, l. 9, 2 D. usufr. quemadm. cav. 7,9: quia certum sit, proprietatem ad eum vel ad heredem eius perventuram)

Dementsprechend kann auch das vermachte Recht nicht vorher geltend gemacht werden.

(l. 21 pr. D. h. t: sed ante diem peti non potest.) Früher nahm man fast allgemein an, dass das vermachte Recht auch bei betagten Vermächtnissen schon mit dem Erbschaftsantritt erworben werde, und dass nur seine Geltendmachung bis zum Eintritt des Termins hinausgeschoben sei. Man berief sich z. B. auf l. 5 C. h. t. (6,63), l. 4 D. ad l. Falc. 35,2 (vg. Meischeider a. a. O. S. 142 f.)

Was vom Anfangstermin gilt, gilt auch von der Suspensivbedingung. Vor ihrer Erfüllung kann das vermachte Recht nicht entstehen.

(l. 45, 1 D. de legat. II: nam nec pertinet ad nos, antequam condicio existat, l. 21 pr. D. h. t.: neque res pertinere potest.)

Die bekannte Streitfrage des gemeinen Rechts, ob der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft beizulegen ist, wird zu verneinen sein. (Dernburg a. a. O. § 107 Anm. 6.)

Der Testator kann also durch Hinzufügung einer Suspensivbedingung und eines Anfangstermins die Entstehung des vermachten Rechts für den Legatar auch über den Erbschaftsantritt hinausschieben. In der Zwischenzeit ist dann der Erbe als berechtigt anzusehen, insbesondere wird er Eigentümer der legierten Sache.

(l. 12, 2 D. fam. ercisc. 10,2: quae sub condicione legata est, interim heredum est, arg. l. 9, 2 D. usufr. quemadm. cav. 7,9, l. 45, 1 D. de legat. II.)

Wenn sich dann die Bedingung erfüllt oder der Termin eintritt, schaden Verfügungen des Erben während der Zwischenzeit dem Legatar nicht.

(l. 69, 1 D. de legat. I: si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nihilominus a legatario vindicari nec exstinguitur legatum, l. 81 pr. D. eod., l. 105 D. cond. 35,1, l. 3,3 C. comm. de legat. 6,43.)

»Der Legatar hat die Sache zwar nach dem Erben, aber nicht durch den Erben.« (Brinz a. a. O. S. 412f).

Wir haben damit festgestellt, dass im gemeinen Recht die Suspensivbedingung und der Anfangstermin einen gleichen Einfluss auf die Entstehung des vermachten Rechts, also auf den dies legati veniens, äussern. Der dies legati cedens hingegen wird nur durch eine Suspensivbedingung berührt. Im übrigen tritt die gleiche Regelung ein, wie bei pure hinterlassenen Vermächtnissen. Es muss nur noch darauf hingewiesen werden, dass die Entstehung des vermachten Rechts, also der dies legati veniens, der früheste Zeitpunkt ist, in dem sich der Bedachte wirksam über Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses erklären kann. Es ist also bei bedingten und betagten Vermächtnissen auch die Erfüllung der Bedingung und der Eintritt des Termins abzuwarten, sofern dieselben dem Erbschaftsantritt nachfolgen. (l. 45, 1 D. de legat. II; Dernburg a. a. O. § 108, vgl. aber auch Windscheid a. a. O. § 643, Anm. 4).

2. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 16. Einfluss der besonderen Bestimmungen auf den Anfall des Vermächtnisses.

Dem bürgerlichen Gesetzbuch ist die Möglichkeit gegeben, den Anfall des Vermächtnisses schon mit dem Erbfall eintreten zu lassen, da in keinem Fall ein Einfluss des Beschwerten auf den vorläufigen Vermächterwerb beseitigt zu werden braucht. (vgl. § 5 § 6.) Dagegen kann auch im bürgerlichen Gesetzbuch der Erblasser durch besondere Bestimmungen den Anfall hinausschieben.

Die Anordnung einer Suspensivbedingung oder eines Anfangstermins schiebt den Anfall des Vermächtnisses bis zur Erfüllung der Bedingung oder bis zum Eintritt des Termins hinaus. (BGB. 2177). Wilke-Reatz (a. a. O. § 2177, Anm. 1) sehen in BGB. 2177 nur eine Auslegungsregel und lassen dementsprechend auch bei bedingten und betagten Vermächtnissen unter Umständen die Forderung des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten schon mit dem Erbfall zur Entstehung gelangen. Veranlasst werden sie dazu durch BGB. 2074, wonach als argumentum e contrario der Beginn der Vererblichkeit schon vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins eintreten kann, während mit der Entstehung der Forderung natürlich auch ihre Folgen, also auch der Beginn der Vererblichkeit hinausgeschoben werden muss. Die Folgerung ist falsch. Allerdings tritt unter Umständen schon mit dem Erbfall Vererblichkeit ein, aber nicht

als Folge einer Vorschiebung des Anfalls (vgl. § 17). Dies ist möglich. Denn während im gemeinen Recht die Vererblichkeit Zweck des dies legati cedens war, ist sie nur eine Folge des Anfalls. Während also dort der dies legati cedens auch der früheste Termin für die Vererblichkeit sein musste, ist der Anfall im bürgerlichen Gesetzbuch notwendig nur der späteste Termin für dieselbe, während andererseits einem früheren Beginn derselben durchaus nichts im Wege steht. — Wenn die Bedingung oder der Termin schon vor dem Erbfall eingetreten sind, kann natürlich der Anfall nicht vor dem Erbfall eintreten. Desgleichen fallen Anfall und Erbfall zusammen, wenn die Bedingung oder der Termin mit dem Erbfall zusammsn eintreffen. Irgend eine Auslegungsregel, ob oder wann insbesondere eine Potestativbedingung auch vor dem Erbfall in Erfüllung gehen darf, giebt das bürgerliche Gesetzbuch nicht. Die Frage ist also lediglich nach dem erkennbaren Willen des Testators zu beurteilen. Die besondere Hervorhebung der Hinausschiebung des Anfalls in BGB. 2177, die sich schon aus BGB. 158 I und 163 ergeben muss, soll dem Missverständnis vorbeugen, dass durch BGB. 2176 diese Paragraphen für den Anfall des Vermächtnisses ausgeschlossen sein sollen. (Protokolle S. 6968). Der erste Entwurf hatte ausdrücklich nur die Bedingung aufgenommen, nicht aber die Zeitbestimmung, da man eine solche Anordnung für zu selten hielt, als dass sie einer besonderen Regelung bedürfe. Diese Ansicht hat die Kommission für die zweite Lesung

des Entwurfs mit Recht nicht geteilt. (Motive V S. 179, Protokolle S. 6967).

Ebenso wie durch eine Suspensivbedingung und einen Anfangstermin kann der Erblasser im bürgerlichen Gesetzbuch den Anfall des Vermächtnisses dadurch hinausschieben, dass er das Vermächtnis einer Person zuwendet, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist oder die erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll. Der Anfall erfolgt dann mit der Geburt resp. mit dem Eintritt des Ereignisses. (BGB. 2178). Eine noch nicht entstandene juristische Person wird einer noch nicht erzeugten physischen Person gleich behandelt. Der Anfall erfolgt also mit der Entstehung. Eine Ausnahme gilt für Zuwendungen des Stifters (nicht eines Dritten) an eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht genehmigte Stiftung. Diese fallen mit dem Erbfall an. (BGB 84). Der Anfall an den zur Zeit des Erbfalles noch nicht geborenen aber schon erzeugten Bedachten, wird dagegen, falls er lebend zur Welt kommt, auf den Erbfall zurückbezogen. Denn der Regelfall des BGB. 2176 muss hier Anwendung finden, da BGB. 2178 diesen Fall nicht trifft. Ausserdem kann auch BGB. 1923 II herangezogen werden, wo der gemeinrechtliche Satz: nasciturus pro jam nato habetur Anerkennung findet. (vgl. Planck a. a. O. § 2176 Anm. 2. § 2178, Wilke-Reatz a. a. O. § 2178 Anm. 1).

In allen diesen Fällen, in denen der Anfall des Vermächtnisses infolge der besonderen Bestimmungen

des Erblassers erst nach dem Erbfall eintritt, greift die zeitliche Beschränkung Platz, dass der Anfall nicht mehr als 30 Jahre über den Erbfall hinausgeschoben werden darf. Also sowohl die Bedingung, wie der Termin müssen innerhalb von 30 Jahren eintreten, und der Bedachte muss innerhalb dieser Zeit bestimmt resp. erzeugt sein; sonst ist der Vermächtniserwerb ausgeschlossen. (BGB. 2162, über die Ausnahmen BGB. 2163).

§ 17. Voranfall des Vermächtnisses.

In allen Fällen, in denen der Anfall des Vermächtnisses dem Erbfall nachfolgt, gelangt die Forderung des Vermächtnisnehmers gegen den Beschwerten erst mit dem Anfall zur Entstehung. Als argumentum e contrario muss der Legatar vorher auf eine blosse Hoffnung auf den Vermächtniserwerb beschränkt sein. Dies wird aber nicht durchgeführt. Dem Legatar wird ein aufschiebend bedingtes Forderungsrecht zugestanden, (BGB. 2179,) »ein Vorrecht«. (Cosack a. a. O. § 403 I 2). Er ist also in Sonderheit gegen eine verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung seines Rechts während der Schwebezeit gesichert. (BGB. 160 vgl. auch CPO. 916 II, K. O. 154, 156, 171).

Dies Vorrecht ist veräusserlich und kann gepfändet werden. (Cosack a. a. O. § 403 I 2). Unter Umständen ist es auch vererblich.

Von einer Vererblichkeit des Vorrechts kann keine Rede sein bei Vermächtnissen an noch nicht erzeugte

oder erst durch ein Ereignis zu bestimmende Persönlichkeiten, da eine solche hier frühestens mit der Geburt resp. der Bestimmung der Persönlichkeit denkbar ist. Eine ausdrückliche Bestimmung, nach der ein bedingtes Forderungsrecht vererblich ist, enthält das bürgerliche Gesetzbuch nicht. Man liëss eine solche Bestimmung, die im ersten Entwurf getroffen war (§ 132 des ersten Entwurfs), im zweiten als entbehrlich fallen, da die Vererblichkeit schon aus der Natur eines bedingten Forderungsrechtes zu folgern ist. Wir haben danach im bürgerlichen Gesetzbuch bei bedingten und betagten Vermächtnissen zwei Zeitpunkte von einander zu scheiden. Den Erbfall, in dem eine vererbliche Anwartschaft auf das vermachte Recht erworben wird, und die Erfüllung der Bedingung resp. den Eintritt des Termins, wo das vermachte Recht vorläufig zur Entstehung gelangt. Der letzte Zeitpunkt wird von der Rechtsordnung als »Anfall«, der erste in der Litteratur vielfach als »Voranfall« des Vermächtnisses bezeichnet. (Strohal a. a. O. S. 126 f, Böhm a. a. O. S. 157, Frommhold a. a. O. § 2177, Anm. 1, Brückner a. a. O. S. 47). Wir schliessen uns dieser Ausdrucksweise an.

Aber nicht in allen Fällen eines bedingten und betagten Vermächtnisses greift ein Voranfall Platz. Nach BGB. 2074 soll in der Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung bei letztwilligen Zuwendungen im Zweifel angenommen werden, dass die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung erlebt. Danach ist im bürgerlichen Gesetz-

buch bei suspensiv bedingten Vermächtnissen der Erwerb einer vererblichen Anwartschaft präsumtiv ausgeschlossen, und tritt nur ein, wenn sich ein entsprechender Wille des Erblassers erweisen lässt. (Böhm a. a. O. S. 57). Man hat dies auch auf betagte Vermächtnisse ausdehnen wollen, indem man davon ausging, dass nach BGB. 163 der Anfangstermin der Suspensivbedingung gleich gestellt wird. (Meischeider a. a. O. S. 345 f. Anm. 7,8). Brückner (a. a. O. S. 57) behauptet, »dass Meischeider nicht zur Genüge beachte, dass die Vorschrift des § 2074 in gewissem Sinne als lex specialis auch gegenüber § 163 zu betrachten ist, und daher der allgemeinen Regel vorgeht.« Leider erklärt er nicht, aus welchem Grunde wir in § 2074 eine lex specialis gegenüber § 163 sehen sollen. Man kann von der Rechtsordnung verlangen, dass sie die einzelne Abweichung vom angenommenen Prinzip ausdrücklich hervorhebt, und muss dementsprechend aus dem Fehlen einer besonderen Bestimmung schliessen, dass eine Abweichung vom Grundprinzip nicht beabsichtigt ist. Einer solchen Folgerung widerspricht aber die ausdrückliche Erwähnung des Termins neben der Bedingung an anderen Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches, vgl. z. B. BGB. 2177. Meiner Ansicht nach wäre es logischer gewesen, wenn das bürgerliche Gesetzbuch entsprechend dem in § 163 aufgestellten Prinzip in diesen Fällen von einer besonderen Erwähnung des Termins Abstand genommen und vielmehr umgekehrt die Abweichung in § 2074 ausdrücklich hervorgehoben hätte. Da dies aber

nicht geschehen ist, sind wir nicht berechtigt aus dem Fehlen einer besonderen Bestimmung in § 2074 zu schliessen, dass hier der Anfangstermin der aufschiebenden Bedingung gleich zu behandeln ist. Übrigens hat die Kommission nicht die Absicht gehabt, in diesem Fall den Termin der Bedingung gleich zu stellen. Ein dahin gehender Antrag wurde abgelehnt. (Protokolle S. 6968). Wir halten also daran fest, dass § 2074 nur auf suspensiv bedingte, nicht aber auf betagte Vermächtnisse zur Anwendung zu bringen ist, und dass dementsprechend der Erwerb einer vererblichen Anwartschaft präsumtiv auszuschliessen resp. anzunehmen ist. Wir befinden uns darin in Übereinstimmung mit fast der gesamten Litteratur. (vgl. besonders Strohal a. a. O. S. 127, Matthiass a. a. O. S. 413, Böhm a. a. O. S. 57, 157, Frommhold a. a. O. § 2074, Anm. 3.) Diese Regelung entspricht auch im wesentlichen dem gemeinen Recht. (vgl. § 14.)

Da nun in Bezug auf den Voranfall die Bedingung und die Zeitbestimmung grundsätzlich verschieden behandelt werden, müssen wir feststellen, wann im bürgerlichen Gesetzbuch in der Hinzufügung eines Termins eine Bedingung enthalten ist. Eine solche ist in dem dies incertus an (certus quando und incertus quando) zu sehen; im übrigen ist die Anwartschaft grundsätzlich vererblich, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers bewiesen wird. (Strohal a. a. O. S. 86, Brückner a. a. O. S. 52 f.)

Im übrigen gelten keine Besonderheiten für Vermächtnisse unter einer Suspensivbedingung oder einem

Anfangstermin. Namentlich kann im Gegensatz zum gemeinen Recht (§ 15) der Bedachte die Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses schon vom Erbfall an wirksam erklären und braucht nicht erst die Erfüllung der Bedingung oder den Eintritt des Termins abzuwarten (BGB. 2180 II, Planck a. a. O. § 2180 Anm. 4 a, Böhm a. a. O. S. 158, Frommhold a. a. O. § 2180 Anm. 2, Wilke-Reatz a. a. O. § 2180 Anm. 1, Strohal a. a. O. S. 130. Abweichend Meischeider a. a. O. S. 357 f, der nach Analogie der Nacherbfolge zwar eine Ausschlagung, nicht aber eine Annahme vor dem Anfall zulassen will. vg. BGB. 2142 I. vg. dagegen Planck a. a. O. § 2180 Anm. 4 und Brückner a. a. O, S. 80 f.)

B. Gegenstand des Vermächtniserwerbes.

§ 18. Vorbemerkung.

Gegenstand des Vermächtniserwerbes ist das direkt auf Grund der Vermächtnisverfügung für den Legatar entstehende Recht. Dies kann ein Recht an dem vermachten Gegenstand und ein Recht auf den vermachten Gegenstand sein, je nachdem, ob dieser direkt vom Erblasser auf den Bedachten übergeht, so dass dieser nicht auf eine Berechtigung gegen den Beschwerten beschränkt wird, oder ob er erst durch die Person des Belasteten hindurchgeht, so dass für den Bedachten direkt auf Grund der Vermächtnisverfügung nur ein obligatorisches Recht gegen den Beschwerten zur Entstehung gelangt. In diesem Sinn sprechen wir von einer dinglichen und einer obligatorischen Wirkung des Vermächtnisses. (cfr. § 1). Die Rechtslage des Legatars ist in beiden Fällen eine äusserst verschiedene Wenn ihm z. B. der Erblasser eine Sache vermacht hat, müsste er im ersten Fall direkt auf Grund der Vermächtnisverfügung, also mit dem dies legati veniens

resp. dem Anfall, wenigstens vorläufig das Eigentum erwerben. Dann ist er gegen jede Gefahr gesichert, die ihm durch Veräusserung der legierten Sache durch den Erben droht. Denn der Erbe ist nicht in der Lage einem Dritten das Eigentum an der Sache zu gewähren, da er nicht Rechte übertragen kann, die ihm nicht zustehen, (l. 54 D. de D. R. I. A. 50,17: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.) und eine Durchbrechung dieses Prinzipes zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten, dem römischen und gemeinen Recht, das hier überhaupt nur in Betracht kommt, (§ 25) nicht bekannt ist. Wenn hingegen der Bedachte unmittelbar nur ein obligatorisches Recht auf die Eigentumsübertragung gegen den Beschwerten erlangt, ist dieser vor der Hand Eigentümer, und damit in der Lage zu Ungunsten des Legatars über die vermachte Sache zu verfügen. Der Bedachte ist dann auf einen obligatorischen Schadensersatzanspruch beschränkt, bekommt also die Sache jedenfalls nicht. Und selbst dieser Schadensersatzanspruch kann völlig wertlos für ihn sein, sofern nämlich vom Beschwerten nichts zu haben ist. Der Testator hat regelmässig ein Interesse daran, dass der Bedachte den vermachten Gegenstand auch wirklich erwirbt. Aus diesem Gesichtspunkt heraus, müsste die Rechtsordnung bei allen Legaten zum mindesten die Möglichkeit eines dinglichen Rechtserwerbes bieten. Andererseits aber ist es klar, dass dem Testator nicht über die Grenze seiner Machtbefugnis hinaus die Möglichkeit gegeben werden darf,

verletzend in die Interessensphäre dritter Personen einzugreifen. Die Rechtsordnung wird also den dinglichen Rechtserwerb nicht gewähren dürfen, wenn z. B. der Erblasser die Sache eines Dritten vermacht hat. Für eine dingliche Wirkung des Vermächtnisses ergeben sich also aus der Natur der Sache heraus bestimmte Schranken, aber innerhalb derselben scheint die Gerechtigkeit ihre Zulassung zu erfordern. Wir wollen jetzt sehen, in wie weit die Rechtsordnung dieser Forderung nachkommt. Wir haben also zu untersuchen, wann eine dingliche und wann eine obligatorische Wirkung des Vermächtnisses stattfindet. Wir gehen vom gemeinen Recht aus.

1. Gemeines Recht.

a. Vermachte Sachen.

α) Vorjustinianisches Recht.

§ 19. Formelle Voraussetzungen für die dingliche und die obligatorische Wirkung des Vermächtnisses.

Der vermachte Gegenstand kann eine Sache, ein jus in re und eine Forderung sein. Wir halten uns im folgenden an diese Einteilung. (Brinz a. a. O. § 426, Becker a. a. O. S. 77.)

Die grösste Bedeutung ist den Legaten beizumessen, durch die Sachen vermacht werden. Wir müssen zunächst in grossen Zügen auf die Rechtsgestaltung des römischen Rechts eingehen, da dies zum Verständnis der gemeinrechtlichen Regelung wesentlich erscheint. Denn Justinian hat durch seine berühmte Regelung des Vermächtnisrechts nichts Neues geschaffen, sondern nur die letzten Folgen der vorgängigen Entwicklung gezogen. Dagegen ist von einer speziellen Behandlung des römischen Rechts ins besondere von einer Behandlung aller verschiedenen Legatsformen Abstand zu nehmen, da hier an und für sich nur das gemeine Recht Berücksichtigung finden soll.

Das Vermächtnisrecht des römischen Rechts charakterisiert sich einmal durch den Gegensatz zwischen dem formellen Legat und dem formlosen Fideikommiss und sodann durch eine scharfe Trennung der Legate in verschiedene Formen, bestimmt verschiedene Wirkungen hervorzurufen und an verschiedene materielle Voraussetzungen geknüpft. — Auf zwei Wegen kann die vermachte Sache an den Legatar gelangen, indem das Eigentum direkt vom Erblasser auf ihn übergeht, oder indem der Belastete verpflichtet wird, das Eigentum zu verschaffen. Das Vermächtnis kann eine dingliche und eine obligatorische Wirkung äussern. Ein dingliches Recht gewährt dem Legatar insbesondere das Vindikationslegat (Gaius Inst. II 194), ein obligatorisches das Damnationslegat und das Fideikommiss, seitdem es klagbar geworden ist. (Gaius Inst. II 202, 204). Übrigens sind ebenso wenig, wie die Voraussetzungen des Damnationslegates und des Fideikommisses, die obligatorischen Ansprüche aus denselben ihrem Inhalt nach gleich; der Klage aus dem Fideikommiss fehlt der strikte Charakter der Klage aus dem Damnationslegat und die Litiscrescenz. — Diese Trennung in verschiedene Legatsformen sollte dem Willen des Testators Rechnung tragen. Er mochte eine derselben auswählen und dadurch die Stellung des Legatars bestimmen. Im allgemeinen wird dieser Zweck auch erreicht werden; aber die Entstehung des dinglichen wie des obligatorischen Rechts wird dadurch zugleich an die formelle Voraussetzung gebunden, dass das Vermächtnis in der

dazu bestimmten Form angeordnet worden ist. Ein dingliches Recht entsteht nicht, wenn das Damnationslegat gewählt ist, und ein obligatorisches Recht kann nicht zur Entstehung gelangen, wenn sich der Testator des Vindikationslegates bedient hat. Daraus ergiebt sich notwendig die Konsequenz, dass ein Legat, das in der gewählten Form wegen Mangels der materiellen Voraussetzungen (§ 20) ungültig ist, auch in einer anderen Form nicht aufrecht erhalten werden kann, dass also insbesondere ein Legat, durch das eine res aliena per vindicationem legiert ist, auch ein obligatorisches Recht nicht erzeugen kann; obwohl dies durchaus nicht im Willen des Testators liegen konnte, der sich des Vindikationslegates wohl bedient, um dem Legatar die grösst mögliche Sicherheit zu geben, nicht aber um diesem die Möglichkeit des Vermächtniserwerbes überhaupt abzuschneiden, wenn eine Sache per vindicationem legiert ist, die nur per damnationem hätte vermacht werden können. Diese Konsequenz, unhaltbar, weil sie in offenbaren Widerspruch zum Willen des Testators trat, beseitigt das senatusconsultum Neronianum, indem es bestimmt, dass ein Legat, das in ungeeigneter Form angeordnet ist, in der Form aufrecht erhalten werden soll, in der es angeordnet werden kann, also als Damnationslegat; denn ein solches erfordert keine materiellen Voraussetzungen. (vgl. § 20)(Ulpiani XXIV 119: .... quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo jure legatum esset. Optimum autem jus legati per damnationem est.) Gaius giebt eine engere

Inhaltsangabe des Senatuskonsultes (Gajus Inst. II 197). Die Praxis fasste den Inhalt jedenfalls in ersterer Weise auf. (Arndts a. a. O. B. 46 S. 39). Damit ist aber die Entstehung des dinglichen wie des obligatorischen Rechts für den Legatar nicht unabhängig gemacht von der gewählten Legatsform. Auch jetzt gewährt jedenfalls nur das Vindikationslegat ein dingliches Recht, nie das Damnationslegat. Der Erfolg war nur der, dass das ungültige Vindikationslegat als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde. Aber in der Litteratur geht man vielfach weiter und behauptet, dass in der Folge auch das gültige Vindikationslegat ein obligatorisches Recht gewährt. (z. B. Arndts a. a. O. B. 46 S. 39 f., v. Crailsheim a. a. O. S. 375, dagegen z. B. Salkowski a. a. O. S. 13 fg.) Wie dem auch sei, jedenfalls standen dem Legatar beide Klagen zu Gebote, wenn der Testator beide Legatsformen mit einander verbunden hatte. Dass diese Verbindung in der That stattfand, beweist ein Kodizill zu dem Testament des Dasumius aus dem Jahre 109 n. Chr., das mit den Worten beginnt: »do lego damnasque.« (Arndts a. a. O. B. 46 S. 41). Das obligatorische Recht kann auch neben dem dinglichen für den Legatar von grossem Wert sein. Es mag vor der Hand nur an die Beweislast erinnert werden. Die rei vindicatio verlangt vom Kläger den Eigentumsbeweis; der Legatar würde also entsprechend den materiellen Voraussetzungen des Vindikationslegates (§ 20) zu dem Nachweise genötigt werden, dass die legierte Sache utroque tempore ex jure Quiri-

tium testatoris fuit, während er die persönliche Klage einfach auf die Verpflichtung zur Herausgabe gründen kann (nicht zur Eigentumsübertragung; denn dieses steht ihm schon zu, wenn er neben der obligatorischen, eine dingliche Berechtigung erlangt.) (Arndts a. a. O. 46 S. 40) (Im übrigen vgl. § 21.) Aber alles dies genügte nicht, um dem Willen des Testators in jeder Weise Geltung zu verschaffen. Denn jedenfalls erwarb der Legatar ein dingliches Recht immer nur dann, wenn ihm per vindicationem legiert war; hatte aber der Erblasser nur per damnationem vermacht, so konnte dem Legatar nur ein obligatorisches Recht erstehen. Die Entstehung des dinglichen Rechts bleibt also von der formellen Voraussetzung abhängig, dass die vermachte Sache per vindicationem legiert ist. Diese Konsequenz muss auch dann gezogen werden, wenn sich ein anderer Wille des Testators ergiebt, d. h. wenn er erkennbarer Weise ein dingliches Recht hatte zuwenden wollen und sich nur in der Legatsform vergriffen hatte. Deshalb bestimmten die Söhne Konstantins 339 durch eine Konstitution, dass die Art des vermachten Rechts nicht mehr notwendig an die formelle Voraussetzung der Anordnung in bestimmter Legatsform gebunden sei, sondern, dass die Ausschlag gebende Stellung dem Willen des Testators einzuräumen sei. (l. 21 C. de legat. 6, 37: necessaria non sit verborum observantia cfr. § 2 I. de legat. 2,20). Die verschiedenen Legatsformen sind damit nicht beseitigt und auch jetzt muss immer noch die wenigstens that-

sächliche Vermutung bestehen, dass eine Sache, die per damnationem legiert ist, ein dingliches Recht nicht erzeugen soll; allerdings kann sich aus dem Willen des Testators ein Anderes ergeben, aber dieser Wille muss doch bewiesen werden. Der letzte Schritt der Entwickelung in dieser Hinsicht ist auch damit noch nicht gethan.

§ 20. Materielle Voraussetzungen für die dingliche und obligatorische Wirkung des Vermächtnisses.

Neben diese formellen Voraussetzungen für die dingliche und die obligatorische Wirkung des Vermächtnisses im vorjustinianischen Recht treten gewisse materielle Voraussetzungen. Das Vindikationslegat verschafft dem Legatar unmittelbar Eigentum an der vermachten Sache, der Testator muss also in der Lage sein, das Eigentum gewähren zu können. Denn ein Recht, das ihm nicht zusteht, kann er auch nicht übertragen. (l. 54 D. de div. reg. jur. antiqui. 50,17). Es ergiebt sich also aus der subjektiven Beziehung, in der die vermachte Sache steht, die Einschränkung, dass per vindicationem nur eine res propria testatoris legiert werden kann; und zwar musste im römischen Recht dominium ex jure Quiritium vorliegen (Gajus Inst. II 196). Denn die rei vindicatio, die dem Legatar als Folge der dinglichen Wirkung erstand, hatte zur Voraussetzung, dass der Kläger dominus ex jure Quiritium war. Aus der regula Catoniana ergab sich dann weiter, dass solches Eigentum schon zur Zeit der Vermächtnisverfügung bestanden haben musste. Denn ein Vermächtnis ist un-

gültig, wann auch der Testator stirbt, sofern es ungültig gewesen wäre, wenn der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung gestorben wäre (l. 1 pr. D. de reg. Cat. 34,7). Nur bei Fungibilien genügt quiritarisches Eigentum im Augenblick des Erbfalls. (Gajus Inst. II 196.)

Wenn diese materiellen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, besteht für den Testator nicht die Möglichkeit, wirksam mit dinglicher Wirkung zu legieren. Für das Damnationslegat sind die angegebenen Voraussetzungen nicht erforderlich. Der Testator ist also insbesondere in der Lage, ebenso gut wie eine eigene Sache, so auch die Sache des Onerierten oder eines Dritten mit obligatorischer Wirkung zu vermachen. Der Beschwerte ist dann obligiert, das Eigentum der vermachten Sache dem Legatar zu verschaffen, indem er es selbst überträgt oder indem er den Dritten veranlasst, die Tradition vorzunehmen. (Gajus Inst. II 197, 202.)

β. **Gemeines Recht.**

§ 21.

Die justinianische Gesetzgebung bringt den Abschluss der Entwicklung des Vermächtnisrechts. Justinian ordnet l. 1 C. comm. de legat. et fdc. et de in rem miss. toll. 6,43 an:

Cum li, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscantur . . . rectius igitur esse censemus . . . . omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere

et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat, easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae vindicare in rem actione instituenda . . . .

Dadurch wird der Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen beseitigt (vgl. aber die Ausführung von Arndts a. a. O. B. 46 S. 71 fg.) Zugleich ist damit der letzte Rest der Abhängigkeit des vermachten Rechts von einer bestimmten Legatsform gefallen. Unabhängig von jeder formellen Voraussetzung wird omnibus legatariis ein obligatorisches (actio personalis) und ein dingliches Recht (in rem actio) gewährt. Aber die materiellen Voraussetzungen für die dingliche Wirkung des Vermächtnisses will Justinian damit nicht beseitigen. Dies muss besonders in Rücksicht auf den Wortlaut der Konstitution »omnibus legatariis« ausdrücklich betont werden; übrigens hebt auch die Konstitution selbst an zwei späteren Stellen diese Einschränkung hervor. (vgl. unten.) Auch im justinianischen Recht kann also der Erblasser mit dinglicher Wirkung nur eine eigene Sache vermachen, nicht dagegen eine Sache des Beschwerten oder eines Dritten. Natürlich; denn ihm kann die Befugnis nicht zustehen, einem anderen ohne sein Wissen, ja gegen seinen Willen sein Eigentum zu entziehen. Aber im übrigen sind die materiellen Voraussetzungen des römischen Rechts für die dingliche Wirkung des Vermächtnisses beseitigt. Es ist also weder quiritarisches Eigentum zu erfordern; denn die Unterscheidung zwischen den verschiedenen

Arten des dominium ist verschwunden, (l. un. C. de nudo ex jur. Quir. toll. 7,25) noch Eigentum auch zur Zeit der Testamentserrichtung. (Arndts a. a. O. B. 46 S. 120 f, im Rechtslexikon VI. S. 309. Anm. 253, Windscheid a. a. O. § 646 Anm. 3, Piper a. a. O. S. 26, Rosenberg a. a. O. S. 29). Irgendwelche materiellen Voraussetzungen für die obligatorische Wirkung des Vermächtnisses bestanden schon im vorjustinianischen Recht nicht, (vgl. § 20) und sind jetzt natürlich ebenso wenig erforderlich. Der Erblasser kann also auch die Sache des Onerierten oder eines Dritten mit obligatorischer Wirkung gültig legieren, aber unter der Voraussetzung, dass er wusste, dass es sich um eine fremde Sache handle. Den Beweis der Kenntnis des Erblassers muss der Legatar erbringen. (§ 4 J. de legat. 2,20).

Im justinianischen Recht äussert also jedes Legat eine obligatorische Wirkung, aber eine dingliche nur, wenn gewisse materielle Voraussetzungen erfüllt sind. Wenn sie aber erfüllt sind, so steht dem Legatar einmal ein dingliches Recht zu Gebote, das eine Berechtigung wie gegen jeden Dritten, so auch gegen den Onerierten in sich schliesst, und sodann ein obligatorisches Recht gegen den Beschwerten. Der Bedachte ist also dem Onerierten gegenüber in zweifacher Weise berechtigt: dinglich und obligatorisch. Die obligatorische Berechtigung mag überflüssig erscheinen. Wir haben schon im § 19 an die Beweislast erinnert. Wir wollen noch darauf hinweisen, das beide Rechte einen ver-

schiedenen Inhalt haben. Wenn z. B. dem Beschwerten der Besitz der vermachten Sache vor der Tradition an den Bedachten verloren gegangen ist, so ist er im ersten Fall von jedweder besonderen Verpflichtung dem Legatar gegenüber frei, sofern er nicht dolo desiit possidere; das obligatorische Recht hingegen obligiert ihn zu der Erfüllung aller derjenigen Handlungen, die in dem Willen des Erblassers liegen. Also das dingliche Recht verpflichtet z. B. den Erben nicht zur Verschaffung des flüchtigen vermachten Sklaven, wohl aber das obligatorische Recht. (l. 39 pr. D. de legat I.)

Zu beachten ist, dass ein sofortiger Eigentumsübergang nur möglich ist, wenn es sich um das Vermächtnis einer individuell bestimmten Sache handelt. Das Gleiche gilt von dem Vermächtnis einer Sachgesamtheit und von dem Vermächtnis aller im Nachlass befindlichen Sachen einer bestimmten Art. Es gehen dann alle einzelnen resp. die sämtlichen vorhandenen Stücke unmittelbar ins Eigentum des Legatars über, vorausgesetzt, dass der Testator Eigentümer gewesen ist. (§ 18 J. de legat. 2,20., Windscheid a. a. O. § 654 Nr. 5, — § 655 Nr. 1.) Wenn hingegen nur eins oder mehrere Stücke einer bestimmten Art von Nachlassgegenständen »generell« vermacht sind, kann von einem Eigentumsübergang auf den Legatar vor der Vornahme der Wahl nicht die Rede sein, da es an der individuellen Bestimmtheit für die rei vindicatio fehlt. Solange ist der Erbe als Eigentümer anzusehen. Das Gleiche

gilt vom alternativen Vermächtnis, wenn das eine oder das andere Stück aus dem Nachlass vermacht ist. — Vermächtnisse einer Rechtsgesamtheit begründen lediglich Sondernachfolge. (Windscheid a. a. O. § 659).

Durch die Regelung des justinianischen Rechts wird dem mutmasslichen Willen des Testators voll Rechnung getragen. Dem Legatar wird ein obligatorisches und ein dingliches Recht gegeben und daneben noch eine actio hypothecaria an den Erbschaftsgegenständen, die der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat. (l. 1 C. cit.: et insuper utilem Servianam . . . . in res mortui praestare.) Dies muss normaler Weise ganz dem Willen des Testators entsprechen, der dem Legatar etwas zuwenden will, dem es also darauf ankommt, dass dieser Erfolg herbeigeführt wird, während er kaum ein Interesse daran haben dürfte, dass dieser Erfolg auf einem bestimmten Wege erreicht wird, etwa indem dem Legatar nur eine persönliche Klage gegeben wird. l. 1 C. cit. sagt selbst, dass dieser mutmassliche Wille des Testators der leitende Gesichtspunkt gewesen ist, der den Gesetzgeber zu dieser Regelung bestimmte. (si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex ejus voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat. l. 1, 3 C. cit.) Auch Brinz a. a. O. S. 401 Anm. 7) gesteht zu, dass diese Klagen dem Willen des Testators entsprechen, behauptet aber, dass

sie nicht auf dem Willen desselben beruhten, und zieht dann den kühnen Schluss, dass der Testator wollen muss, wenn er seine Sache vermacht, dass der Bedachte ihrer mit jedweder actio habhaft werde. Er sieht also in l. 1 C. cit. ein zwingendes Gesetz. (Anschliessend Salkowski a. a. O. B. 49. S. 50 Anm. 84.) Vielleicht darf man fragen, warum der Gesetzgeber, der diese Regelung in Rücksicht auf den Willen des Testators traf, andererseits dem Willen desselben in dieser Weise Schranken ziehen will? Ein öffentliches Interesse an einer zwingenden Norm besteht nicht. (Dernburg a. a. O. § 99 Anm. 4, Windscheid a. a. O. § 646 Nr. 1, Anm. 2.) Dem Testator ist also die Möglichkeit zu geben, das dingliche und das obligatorische Recht oder die actio hypothecaria auszuschliessen oder den Legatar auf eine derselben zu beschränken, natürlich nicht auf die actio hypothecaria; denn diese ist accessorisch. (Arndts a. a. O. B. 46 S. 80). Es wird durch diese Regelung also der mutmassliche Wille des Erblassers zur Präsumtion erhoben, aber auch nur zur Präsumtion.

Eine wesentlich abweichende Auslegung von l. 1 C. cit. giebt Marezoll (a. a. O. S. 290 fg.) Er behauptet, dass Justinian dem Legatar nicht das Eigentum der vermachten Sache zuspreche, und begründet seine Behauptung damit, dass er darauf hinweist, dass l. 3,2 C. eod. dem onerierten Erben die Veräusserung der vermachten Sache verbiete, wie es secundum veterem dispositionem gestattet gewesen sei. In dieser vetus

dispositio sieht er das Digestenrecht. Er folgert hieraus, dass l. 1 C. cit. dem Legatar unmöglich das Eigentum geben könne, da dann in Sonderheit ein derartiges Veräusserungsverbot, das zwei Jahre nach Erlass der ersten Konstitution erfolgte, nicht am Platze wäre, weil sich die Unwirksamkeit der Veräusserung durch den Erben dann von selbst verstanden hätte. Einen weiteren Beweis für seine Behauptung sieht er in l. 8 C. ad sc. Trebell. 6,49, wo die Verpflichtung des Onerierten zur Tradition der vermachten Sache ausgesprochen wird, der Vermächtnisnehmer also nur durch Tradition das Eigentum erlangen könne. Dem zu Folge kann die in rem actio des justiainnischen Rechts keine rei vindicatio directa sein. Eine wahre rei vindicatio gesteht er dem Legatar vielmehr nur unter der Voraussetzung zu, dass die vermachte Sache eine res propria testatoris ist und »dass der Erblasser den Legatar mit seinem Vermächtnis nicht zunächst an eine bestimmte onerierte Person, sondern an die vermachte Sache selbst« gewiesen hat. (Marezoll a. a. O. S. 285). Die von Justinian dem Legatar allgemein gewährte in rem actio ist dem entsprechend nur eine utilis rei vindicatio, »bestimmt zur Sicherung des Vermächtnisnehmers gegen Dritte bis zur vollen Eigentumsübertragung.« (Marezoll a. a. O. S. 293). Entsprechend dem Charakter dieser utilis rei vindicatio ist dieselbe nicht nur dann zuzulassen, wenn die vermachte Sache im Eigentum des Erblassers, sondern auch dann, wenn sie im Eigentum des Onerierten steht. Wenn die Sache eines

Dritten vermacht ist, kann auch die utilis rei vindicatio nicht Platz greifen, wohl aber kann sie wieder stattfinden, wenn der Onerierte die Sache an sich gebracht hat.

Dem gegenüber ist festzustellen: l. 3,2 C. cit. spricht nicht gegen einen Eigentumserwerb durch den Legatar. Aus der Fassung der Stelle geht hervor, dass Justinian hier nichts Neues bestimmen, sondern dass er nur noch einmal auf die Konsequenzen seiner früheren Konstitution aufmerksam machen wollte: »satis absurdum et irrationabile« wäre sonst durchaus nicht der geeignete Ausdruck. Unter der vetus dispositio, nach der die Veräusserung noch gestattet gewesen ist, ist sicher nicht das Digestenrecht zu verstehen; denn dieses ist am 16. XII. 533, die Konstitution aber schon am 1. IX. 531 publiciert worden; vielmehr das alte Recht der Legate und Fideikommisse. Übrigens erlaubt das Digestenrecht dem Erben die Veräusserung nicht, die Stellen, die Marezoll anführt, betreffen das Universalfideikommiss. (Arndts a. a. O. B. 46 S. 66). Ebenso wenig beweist l. 8 C. cit. Die Stelle handelt garnicht von der in rem actio, sondern von der actio personalis (Arndts a. a. O. B. 46 S. 68 f.). Mit dem Fallen des Vordersatzes, dass l. 1 C. cit. dem Legatar nicht das Eigentum der vermachten Sache gewährt, fallen die Folgerungen, die Marezolf daraus zieht. Die dem Legatar gegebene in rem actio ist eine directa rei vindicatio und ist dem entsprechend auf res propriae testatoris beschränkt. Dies ist zum Überfluss

noch aus l. 1 C. cit. selbst ersichtlich. Die Konstitution rechtfertigt die Neueinführung der actio hypothecaria folgendermassen: apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas. — »praefatas actiones« im Plural deutet auf die beiden oben erwähnten Klagen, also auch auf die in rem actio folglich geht auch diese nur contra res testatoris. — Zur Rechtfertigung dafür, dass auch gegen den Legatar, dem ein Vermächtnis auferlegt ist, diese Klagen gegeben werden, heisst es weiter: nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. Damit wird gesagt, dass die in rem actio auf Sachen des Erblassers beschränkt ist. (vgl. Arndts a. a. O. B. 46, S. 62, über Marezolls Erklärung dieser Stelle: Marezoll a. a. O. S. 301 Anm. 4).

Die Konstruktion Marezolls ist also mit der Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen. Es ist dem gemäss daran festzuhalten, dass l. 1 C. cit. jedem Legatar eine personalis actio gewährt, eine in rem actio aber nur, wenn die vermachte Sache eine res propria testatoris ist. Der Testator kann ein anderes bestimmen. Undenkbar ist Marezolls Lehre nicht. Praktisch ist sie jedenfalls der gesetzlichen vorzuziehen, da sie dem Legatar eine grössere Sicherheit gewährt, ohne dem onerierten Erben Unrecht zu thun. Wahrscheinlich aus diesem Gesichtspunkt heraus will auch Puchta (Pandekten § 541) dem Legatar eine rei vindicatio ge-

währen, wenn Sachen des Beschwerten vermacht sind. Begründet wird die Ansicht nicht. Marezoll angeschlossen hat sich Heimbach (a. a. O. S. 285).

Völlig verkannt wird der Gesichtspunkt, von dem Marezoll aus seine Lehre aufgestellt hat, von Brückner (a. a. O. S. 9). Nicht die Unvereinbarkeit der Beschränkung der directa rei vindicatio auf res propriae testatoris mit dem Wortlaut der Konstitution »omnilus tam legatariis quam fideicommissariis« hat zu der Aufstellung seiner Lehre geführt, sondern der Widerspruch, der sich daraus ergiebt, dass man eine directa rei vindicatio da gewährte, wo nach seiner Ansicht durch l. 3,2 C. cit. und l. 8. C. cit. bewiesen war, dass Eigentum nicht vorlag. Von einem derartigen Ausgangspunkt für seine Lehre spricht Marezoll an keiner Stelle seiner Abhandlung, er hebt übrigens selbst hervor, dass auch die utilis rei vindicatio nicht »überall« Platz greifen könne. (Marezoll a. a. O. S. 300, 304). Jedenfalls spricht diese von Brückner (a. a. O. S. 9) angestellte Erwägung nicht »vor allem« gegen die Lehre Marezolls, wie er behauptet. In derselben Weise wird Marezoll von Vangerow (a. a. O. § 531) und von Friedensburg (Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages B. 2 S. 42) falsch verstanden.

b. Vermachte jura in re.

§ 22.

Im römischen Recht kann ein jus in re mit obligatorischer Wirkung legiert werden, sofern die erforder-

lichen formellen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. § 19), mit dinglicher Wirkung hingegen nur, wenn ausserdem noch gewissen materiellen Voraussetzungen genügt ist. Per vindicationem konnte ein jus in re nur vermacht werden, wenn es juris civilis und der Erblasser jure Quiritium utroque tempore dominus der Sache war. Juris civilis war aber nur die Servitut; per vindicationem legiert werden konnten also z. B. Superficies und Emphyteuse nicht. (Arndts a. a. O. B. 48 S. 258 Anm. 22). Der Erblasser kann per vindicationem eine Servitut an einer ihm jure Quiritium zustehenden Sache bestellen und eine ihm zustehende Servitut per vindicationem an den Eigentümer der belasteten Sache zurücklegieren, dagegen ist die Übertragung einer solchen an einen Dritten nach klassischem Recht unmöglich. (Arndts a. a. O. B. 46 S. 19 f, Rosenberg a. a. O. § 2).

Im gemeinen Recht sind die formellen Voraussetzungen für die dingliche und die obligatorische Wirkung des Vermächtnisses eines jus in re beseitigt. Wenn ein solches vermacht ist, wird dem Legatar die persönliche Klage gegen den Onerierten stets gegeben, eine dingliche Berechtigung erwirbt er aber nur unter den einem Vermächtnis von Sachen entsprechenden materiellen Voraussetzungen. (vgl. l. 19,1 D. quem adm. serv. am. 8,6). Der Erblasser kann ein jus in re mit dinglicher Wirkung nur an einer zur Erbschaft gehörenden Sache bestellen, nicht dagegen an der Sache des Erben oder eines Dritten, und er kann mit ding-

licher Wirkung ein ihm zustehendes jus in re an den Legatar übertragen, sofern nicht dasselbe notwendig an seine Person gebunden ist und deshalb mit dem Träger untergeht (Personalservituten.) Wenn eine Prädialservitut vermacht wird, muss zugleich das Eigentum des praedium dominans dem Legatar zugewendet werden. Natürlich kann der Erblasser auch, wie schon im vorjustinianischem Recht ein ihm zustehendes jus in re an den Eigentümer der belasteten Sache mit dinglicher Wirkung zurücklegieren, nur kann dann von einem Erwerbe des dinglichen Rechts nicht die Rede sein. (l. 286,4 D. de legat. I, l. 1, 1 D. de lib. leg. 34,3.) Im übrigen sind materielle Voraussetzungen für die die dingliche Wirkung nicht vorhanden; insbesondere die Einschränkung des vorjustinianischen Rechts auf jura in re, die ihrem Ursprung nach juris civilis sind, fällt fort. Der Testator kann natürlich den Legatar auf das obligatorische oder das dingliche Recht beschränken. (vgl. § 21), (vgl. Arndts in Weiskes Rechtslexikon VI. S. 334 f.)

c. Vermachte Forderungen.

§ 23.

Der vermachte Gegenstand kann auch eine Forderung sein. Eine Forderung kann mit obligatorischer Wirkung vermacht werden, so dass für den Honorierten nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Beschwerten, etwa auf Cession der vermachten Forderung entsteht, oder mit dinglicher Wirkung, so dass unmittelbar z. B.

die dem Erblasser gegen einen Dritten zustehende Forderung auf den Bedachten übergeht. Das Vermächtnis einer Forderung mit dinglicher Wirkung war dem römischen Recht unbekannt, da nur in der Form des Vindikationslegates ein unmittelbarer Rechtsübergang möglich war, und Forderungen nicht der vindicationem legiert werden konnten. Die Regelung des gemeinen Rechts ist eine dem Vermächtnis von Sachen durchaus analoge. Sofern eine Forderung vermacht ist, erhält der Legatar jedenfalls einen obligatorischen Anspruch, und wenn gewisse materielle Voraussetzungen erfüllt sind, geht auch die vermachte Forderung selbst unmittelbar vom Erblasser auf ihn über. Der Erblasser kann natürlich ein Anderes bestimmen. (vgl. § 21.)

Wenn dem Legatar eine Forderung gegen einen Dritten vermacht ist (legatum nominis), ist der Erbe obligiert dem Legatar die Forderung zu verschaffen. Wenn die vermachte Forderung dem Testator sebst zustand, also weder dem Erben noch einem Dritten, ist für das gemeine Recht anzunehmen, dass sie auch unmittelbar auf den Legatar übergeht. (Windscheid a. a. O. § 657 Nr. 2.) Die Quellen scheinen auch in diesem Fall den Legatar auf ein blosses obligatorisches Recht beschränken zu wollen, z. B. l. 44,6 l. 105 D. de legat. I., § 21 J. de legat. 2,20. Aber andererseits gesteht l. 18 C. de legat. 6,37 dem Legetar zwar nicht eine directa actio, wohl aber eine utilis actio unmittelbar zu, die im praktischen Erfolg auf dasselbe hinausläuft, wie die directa actio.

Wenn dem Legatar eine eigene Schuld vermacht wird (liberatio legata tit. Dig. de liberatione legata. 34,3), und zwar eine Schuld gegenüber einem Dritten oder dem Onerirten, ist der Erbe verpflichtet, den Erlass der Schuld zu erwirken, ev. muss er die Schuld zahlen. (Windscheid a. a. O. § 657 Nr. 3.) Wenn eine Schuld des Legatars gegen den Erblasser vermacht ist, hat der Bedachte gleichfalls einen persönlichen Anspruch auf Schuldbefreiung, durch Acceptilatio im römischen Recht, (l. 3,3 l. 22 D. h. t.) »nach gemeinem Recht kann er förmliche Erklärung über die geschehene Befreiung verlangen, sowie Herausgabe der Schuldurkunden und Löschung im Grundbuch«. (Windscheid a. a. O. § 657 Anm. 9.) Daneben aber tritt in diesem Fall unmittelbare Befreiung von der Schuld ein, wenigstens ist dies nach gemeinem Recht anzunehmen. (Windscheid a. a. O. § 657 Nr. 3.) Die Quellen gehen dem Legatar nur eine exeptio doli, (l. 3,3 l. 22 D. h. t.), die übrigens zum selben Resultat führt, da der Legatar durch die exceptio gegen eine Geltendmachung der Forderung gesichert ist. In der Litteratur ist die Ansicht vertreten, dass die unmittelbare Schuldbefreiung auch dann stattfindet, wenn der Onerierte Gläubiger der vermachten Forderung ist. (Dernburg a. a. O. § 112 Nr. 2, Köppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts § 136 Nr. 3, Brückner a. a. O. § 10.) Seine Behauptung belegt nur Brückner und zwar durch l. 25 D. h. t. Dieser Beweis ist verfehlt, da die Stelle nicht von einer Forderung des Onerierten redet, von der der Testator den

Legatar befreien will, sondern von einer dem Erblasser selbst zustehenden Forderung.

l. 25 D. h. t.: si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest heredem suum iussit, ut eum liberaret, an prohibeat eum exigere . . . .

Damit wird nur gesagt, dass die Anordnung eines Liberations Vermächtnisses auch in der an den Erben gerichteten Aufforderung des Erblassers liegt, die ihm — dem Erblasser — zustehende Forderung nicht geltend zu machen. Deshalb ist auch in diesem Fall dem Legatar ebenso gut die exceptio und der persönliche Anspruch auf Schuldbefreiung zu gewähren, als wenn der Testator dem Erben positiv befohlen hat, den Legatar zu befreien. Wir halten demgemäss daran fest, dass auch das Liberationsvermächtnis dingliche Wirkung nur äussert, wenn eine Schuld des Legatars gegen den Erblasser vermacht ist.

§ 24. Sicherung der Erben und der Nachlassgläubiger gegen die Gefahren der dinglichen Wirkung des Vermächtnisses.

Bei dieser Regelung des Vermächtnisrechts wird das gemeine Recht von dem Gedanken geleitet, die Rechtslage des Legatars zu einer möglichst sicheren zu gestalten. Deshalb wird insbesondere, wenn gewisse materielle Voraussetzungen erfüllt sind, präsumtiv eine dingliche Wirkung des Vermächtnisses zugelassen. Dieser Gesichtspunkt ist in sofern gerechtfertigt, als die Rechts

ordnung damit ganz im Sinne des Testators handelt, der, wenn er einen Gegenstand vermacht, regelmässig auch will, dass er in die Hände des Legatars gelangt. Dieser Zweck kann aber mit absoluter Sicherheit nicht erreicht werden, wenn dem Legatar nur ein Recht auf den vermachten Gegenstand zugewendet wird, da dann insbesondere die Gefahr einer rechtsgültigen Veräusserung des vermachten Gegenstandes durch den Erben vorliegt. In dieser absoluten Sicherung des Legatars liegt der Vorzug der dinglichen Wirkung des Vermächtnisses. Andererseits aber werden dadurch der Erbe und die Nachlassgläubiger in eine ungünstige Lage gedrängt. Denn der vermachte Gegenstand gerät nun unter die Verfügungsbefugnis des Legatars, und wenn er zum Zweck der Schuldentilgung herangezogen werden muss, läuft der Erbe Gefahr, auf einen vielleicht wertlosen Ersatzanspruch beschränkt zu werden. Mittelbar werden dadurch auch die Nachlassgläubiger betroffen (Motive V. S. 134 f.). Die Rechtsordnung darf nicht nur das Interesse der einen Partei wahrnehmen, sie muss die sich kreuzenden Gesichtspunkte in möglist gerechter Weise zum Ausgleich bringen. Das gemeine Recht sucht dies dadurch zu erreichen, dass eine Verfügung des Legatars über den vermachten Gegenstand thunlichst verhindert wird (vgl. Motive V. S. 135). Zu diesem Zwecke wird eine eigenmächtige Besitzergreifung der vermachten Sache durch den Legatar verboten. Dem Erben wird dann das interdictum quod legatorum auf Rückerstattung gegeben. (L. 1. Dig. quod legat. 43,3, Windscheid a. a. O.

§ 649, Dernburg a. a. O. § 99 Nr. 1.) Der Legatar erhält also den Besitz nur durch Uebertragung von Seiten des Erben. Dem entsprechend muss die Geltungmachung einer vermachten Forderung von der Zustimmung des Erben abhängig gemacht werden. Dies wird zwar in den Quellen nicht ausgesprochen, ist aber wohl analog anzunehmen. (Dernburg a. a. O. § 112 Nr. 1.) Die Einwilligung des Onerierten wird natürlich in beiden Fällen durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt, das voraussetzt, dass der Bestand des Vermächtnisses weder durch Ansprüche des Erben noch der Nachlassgläubiger in Frage gestellt wird. (Piper a. a. O. S. 70.) Mit der Trennung von Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht wird die Umschreibung gebuchter Rechte auf den Vermächtnisnehmer und die dadurch erlangte Verfügungsmacht desselben an die Einwilligung des Erben gebunden (Seuffert 21 Nr. 134) resp. an das diese ersetzende Urteil.

Eine dem gemeinen Recht entsprechende Regelung findet sich im A. L. R. (I. 12. § 288), im sächsichen bürgerlichen Gesetzbuch (§ 2451) und auch wohl im code civil (Art. 1014).

2. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 25.

Die Rechtsordnung kann das Vermächtnis mit dinglicher Wirkung ausstatten, sie kann ihm lediglich obligatorische Wirkung zulegen, sie kann beide Wirkungen

neben einander zulassen. Das bürgerliche Gesetzbuch versagt der dinglichen Wirkung die Anerkennung.

»Durch das Vermächtniss wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern.« (BGB. 2174.)

In Rücksicht auf die grosse, weittragende Bedeutung dieser Neuerung hatte der erste Entwurf hinzugefügt:

»Ein unmittelbarer Uebergang des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Rechts auf den Vermächtnisnehmer findet auch dann nicht statt, wenn das Recht zum Nachlass gehört.« (§ 1862 Satz 2 des ersten Entwurfes.)

Im zweiten Entwurf fehlt dieser Satz als entbehrlich. Die Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches ist zwingenden Rechts. (Frommhold a. a. O. § 2174 Anm. 2, Planck a. a. O. § 2174 Anm. 2, Motive V. S. 176). Den Gegenstand des Vermächtniserwerbes bildet also im bürgerlichen Gesetzbuch in allen Fällen lediglich ein obligatorisches Recht des Bedachten gegen den Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes. Der Vermächtnisnehmer ist dem entsprechend stets, auch wenn der vermachte Gegenstand zum Vermögen des Erblassers gehörte, auf einen obligatorischen Anspruch gegen den Beschwerten beschränkt. Der Erblasser kann eine dingliche Wirkung durch Vermächtnis nicht erzielen. Wenn er eine solche erreichen will, ist er auf Umwege gewiesen, auf Schenkungen auf den Todesfall mit unmittelbarer Zuwendung des Geschenkten an den Bedachten, auch durch constitutum possessorium

(BGB. 2301, Dernburg a. a. O. § 118 besonders Anm. 13), und auf eine Lebensversicherung zu Gunsten des Legatars; dieser erwirbt dann mit dem Tode des Versprechensempfängers unmittelbar die Forderung, ist also nicht an die Vermittelung durch den Erben gewiesen. (BGB. 328, 331, Endemann a. a. O. § 66 Nr. 3.) Sonst aber gelangt der vermachte Gegenstand zunächst an den Erben und erst durch seine Vermittelung an den Bedachten. Eine bewegliche Sache erhält dieser also stets erst durch Tradition resp. deren Surrogate, die unbewegliche durch Auflassung und Eintragung, die Forderung durch Cession etc. Diese Regelung des bürgerlichen Gesetzbuches macht eine besondere Bestimmung für den Fall notwendig, dass der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung vermacht hat. Die Forderung gelangt auch dann zunächst an den Erben, und müsste deshalb durch Konfusion untergehen, das Vermächtnis würde also wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam werden. Das ist nicht beabsichtigt. Deshalb bestimmt BGB. 2175, dass in diesem Fall, die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen gelten sollen. Es bleiben dann insbesondere auch die zur Sicherung dienenden Rechte bei Bestand (Bürgschaften, Pfandrechte etc.). Aber die Forderung selbst erwirbt auch in diesem Fall der Bedachte nur durch Vermittlung des Beschwerten. Das Gleiche gilt auch dann, wenn ein Recht vermacht ist,

mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist. (BGB. 2175.) Nur wird diesem Fall kaum eine praktische Bedeutung beizumessen sein, da im Immobiliarsachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches schon so wie so das Prinzip der Nichtkonfusion gilt (BGB. 889), und der Niessbrauch als unvererbliches und unübertragbares Recht von vornherein ausscheidet. (BGB. 1059, 1061.)

Es lässt sich nicht leugnen, dass die Regelung des bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber dem gemeinen Recht den Vorzug einer grossen Uebersichtlichkeit und Klarheit in sich trägt. Ein weiterer Vorzug der lediglich obligatorischen Wirkung des Vermächtnisses liegt darin, dass ein Widerspruch mit dem das Sachenrecht beherrschenden Prinzip der Publicität des Erwerbes dinglicher Rechte vermieden wird. (Tradition, Eintragung.) Andererseits aber bedeutet die Regelung des bürgerlichen Gesetzbuches einen schwerwiegenden Eingriff in die Interessen des Erblassers. Denn selbst wenn man prinzipiell nicht davon ausgehen will, dass der Erblasser, wenn er einen Gegenstand vermacht, auch den Willen hat, dass gerade dieser Gegenstand an den Legatar gelangt (Protokolle S. 6960), so muss man doch jedenfalls zugeben, dass der Erblasser unter Umständen dies gewollt haben kann. Nehmen wir an, dass der Erblasser eine ihm liebe und wertvolle Sache einer nahestehenden Person zuwenden will, die nicht zugleich Erbe ist. Immer muss die Sache zunächst an den Erben gelangen. Er wird Eigentümer, ein Veräusserungs-

verbot existiert nicht, er kann also rechtsgültig an jeden Dritten veräussern ohne sich einer Unterschlagung schuldig zu machen. Dann ist der Bedachte auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Beschwerten beschränkt. Wir sehen davon ganz ab, dass die vermachte Sache wirtschaftlich wertlos oder nahezu wertlos ist und dementsprechend der Ersatzanspruch dem Bedachten wenig einbringt; jedenfalls war in diesem Fall eine wirtschaftliche Bereicherung nicht der Zweck der Zuwendung, dem Erblasser kam es vielmehr darauf an, die vermachte Sache selbst dem Legatar zuzuwenden. Die Rechtsordnung aber beachtet diesen Willen nicht; sie gewährt dem Erblasser nur die Macht, solange der Erbe zahlungsfähig ist, dem Bedachten einen Vermögensvorteil zuzuwenden, aber ob der vermachte Gegenstand auch selbst an den Bedachten gelangt, hängt von dem guten Willen des Beschwerten ab. Freilich wird man zugeben müssen, dass praktisch der Erbe von der ihm zustehenden Befugnis in den weitaus meisten Fällen keinen Gebrauch machen wird, und dass selbst, wenn eine dingliche Wirkung zulässig wäre, die absolute Sicherung, die dadurch im gemeinen Recht für den Legatar erwuchs, doch durchbrochen würde durch den Schutz, den das bürgerliche Gesetzbuch dem gutgläubigen Dritterwerber zu Teil werden lässt. Aber es blieben doch immer diejenigen Fälle übrig, in denen der Erbe entgegen seiner Verpflichtung an einen bösgläubigen Dritten veräussert, und gerade in diesen Fällen besteht ein schutzbedürftiges Interesse derselben keinesfalls.

Eine unbedingte Sicherung gegen diese Gefahr bietet auch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht. Allerdings erreicht der Erblasser damit, dass der vermachte Gegenstand der Verfügungsbefugnis des Erben entzogen wird, aber dafür steht die Verfügungsmacht jetzt dem Testamentsvollstrecker zu. Nun ist freilich klar, dass der Erblasser in den Testamentsvollstrecker, den er ernennt, volles Vertrauen setzt, aber er kann sich irren und dieser kann sich ändern oder sterben. Es ist also jedenfalls daran festzuhalten, dass die Regelung des bürgerlichen Gesetzbuches dem Interesse des Erblassers zuwiderläuft, indem im Fall einer Veräusserung des vermachten Gegenstandes durch den Erben resp. den Testamentsvollstrecker auch an einen bösgläubigen Dritten dem Bedachten stets nur ein obligatorischer Schadensersatzanspruch gegen den Beschwerten gewährt wird.

Natürlich wird durch die Regelung des bürgerlichen Gesetzbuches dem Bedachten ebenso wenig gedient, wie dem Erblasser. Er hat ein Interesse an möglichst weitgehender Sicherung; das bürgerliche Gesetzbuch beschränkt ihn aber auf die allgemeinen Sicherungsmittel, die das Recht gewährt: Arrest und einstweilige Verfügung (CPO. 916 fg., 935), und wenn der vermachte Gegenstand ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück ist, auf die Eintragung einer Vormerkung. (BGB. 883 fg.) Aber während sein Interesse nicht ausschlaggebend für die Regelung der Rechtsordnung in Betracht kommen kann, kann man die Frage aufwerfen,

warum die Rechtsordnung dem Willen des Erblassers nicht die Berücksichtigung zu Teil werden lässt wie das gemeine Recht, sondern demselben in dieser Weise Schranken zieht, trotzdem auf seinem Willen allein die Aussetzung des Vermächtnisses beruht? Die schon hervorgehobenen Vorzüge können eine derartige Regelung nicht rechtfertigen. Eine klare Regelung innerhalb der allgemeinen Prinzigien der Rechtsordnung wiegt eine derartige Ungerechtigkeit nicht auf. Den Ausschlag für die Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches hat das Interesse des Erben und der Nachlassgläubiger gegeben; natürlich ist ihr Interesse hauptsächlich zu berücksichtigen, und für ein Vermächtnis ist demgemäss immer erst Raum, wenn nach Abzug der Schulden noch etwas zum Vermachen übrig ist; der überschuldete Erblasser darf durch Aussetzung eines Vermächtnisses diese Interessen nicht noch weiter schädigen, als sie ohnehin schon geschädigt sind. Aber warum will die Rechtsordnung der einen Partei zu Liebe der anderen jeden Schutz versagen? Das gemeine Recht führte einen Ausgleich der Interessen dadurch herbei, dass eine Verfügung des Legatars über den vermachten Gegenstand, soweit eine dingliche Wirkung stattfand, thunlichst verhindert wurde (vgl. § 24.). Das bürgerliche Gesetzbuch geht davon aus, dass alle die gemeinrechtlichen Sicherungsmittel das Interesse des Erben und der Nachlassgläubiger nicht wahren können, und versagt deshalb der dinglichen Wirkung des Vermächtnisses die Anerkennung, und damit dem Erblasser den Schutz seines Willens. Ueber

die Berechtigung dieser Auffassung ist viel gestritten worden. Der neunzehnte deutsche Juristentag hat sich gegen die Beseitigung der dinglichen Wirkung des Legats erklärt und auch die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs hat einen Antrag auf Spezialberatung betreffend ihre Beibehaltung nur mit geringer Mehrheit abgelehnt. (Im Einzelnen vgl. Motive V. S. 133 fg., Protokolle S. 6954—6964, Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages B. 2 S. 35 fg., B. 3 S. 76 fg., S. 307 f.) Wie dem auch sei, jedenfalls stehen wir heute einem geltenden Gesetz gegenüber und dieses Gesetz beschränkt den Bedachten in allen Fällen auf einen obligatorischen Leistungsanspruch gegen den Beschwerten. Eine entsprechende Regelung findet sich im österreichischen (5684) und im Züricher Gesetzbuch (§ 2088).

Die Lehre vom Gegenstand des Vermächtniserwerbes erscheint danach im bürgerlichen Gesetzbuch in durchaus veränderter Gestalt gegenüber dem gemeinen Recht. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt die dingliche Wirkung des Vermächtnisses nicht mehr. Es bleibt abzuwarten in wie weit diese Regelung im Stande sein wird, den Interessen des Lebens gerecht zu werden.